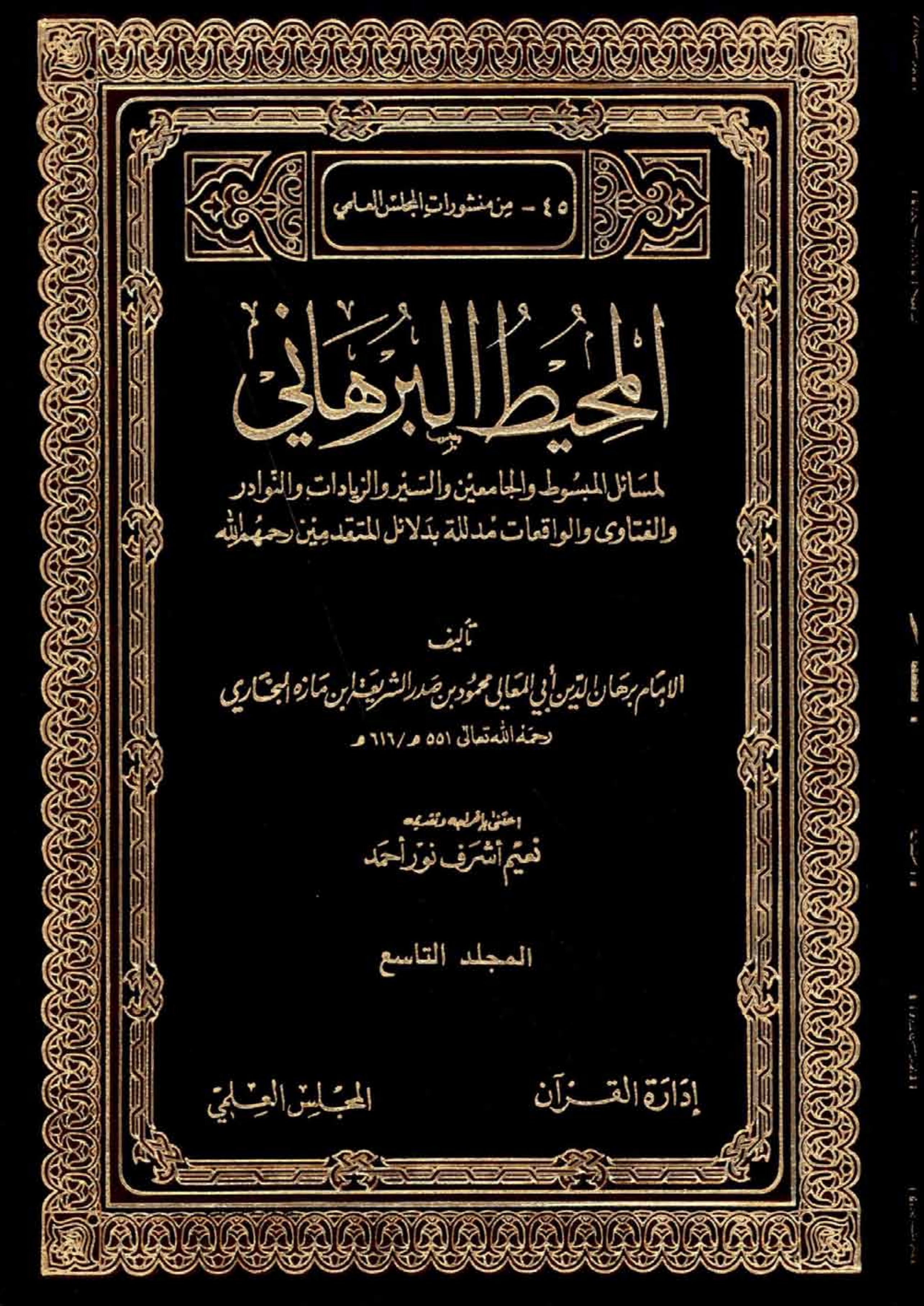

٤٥ - من منشورات المجلس العلمي
المحيط البرهاني
لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله
تأليف
الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ
اعتنى بإخراجه وتصحيحه
نعيم أشرف نور أحمد
المجلد التاسع
إدارة القرآن
المجلس العلمي

المحيط البرهاني

أول طبعـة كاملـة فى العـالـم الإســـلامى
سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

* ٤٣٧ دى گاردن إيست لسبيله كراتشى ٧٤٥٥٠ باكستان
الهاتف : ٧٢١٦٣٨٨ فاكس : ٠٠٩٢٢١-٧٢٢٣٦٨٨
* اردو بازار، ايم اے جناح روڈ كراتشى تلفون : ٢٦٢٩١٥٧
* H-8/1إستريت 3 مقابل الشفاء إنترنيشنل هاسپتل، إسلام آباد

المجلس العلمي

P. O. Box: 1, Johannesburg 2000, South Africa.
E-mail: wii@global.co.za

Al-Madina Garden
Jamshed Road # 2
Karachi 74800,
Pakistan.

At Post Simlak
Dist. Navsari
Gujrat 396415.
India.

طبـع في مؤســسة نزيــه كــركــي ــ بــيروت ــ لبــنان

المــوزع بالممــلكة مكتبة الرشد الرياض، السعودية

الفصل الرابع
فيما يتعلق بالشروط فى الوقف

١٠٩٤٥- إذا وقف أرضه، وشرط الكل لنفسه، أو شرط البعض لنفسه ما دام حيًا، وبعده لفقراء المسلمين، فالوقف باطل عند محمد وهلال الرازى، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الوقف صحيح. ذكر الخلاف على هذا الوجه فى مواضع كثيرة، فأبو يوسف يعتبر الابتداء بالانتهاء؛ لأنه يجوز الوقف على جهة يتوهم انقطاعها، وإذا انقطعت عادت الغلة إليه، فكذلك فى الابتداء يقدم نفسه على غيره فى الغلة، وهذا لأن معنى التقرب لا يزول بهذا، قال عليه الصلاة والسلام: «نفقة الرجل على نفسه صدقة»[1]، وقد صح برواية زيد ابن ثابت رضى الله تعالى عنه: «أن النبى عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته»[2]، وأراد به الصدقة الموقوفة، ولا يحل للواقف الأكل من الوقف إلا أن يشترط لنفسه شيئًا من ذلك؛ ولأنه كان شرط لنفسه شيئًا.

وجه قول محمد: إن معنى التقرب فى الوقف بإزالة الملك، واشتراط كل الغلة أو بعضها لنفسه يمنع زوال الملك، فيمنع صحة الوقف. مشايخ بلخ أخذوا بقول أبى يوسف رحمه الله تعالى، وعليه الفتوى ترغيبًا للناس فى الوقف.

١٠٩٤٦- وذكر الفقيه أبوجعفر رحمه الله تعالى: أنه لو اشترط أن يأكل من الغلة يجوز عند محمد رحمه الله تعالى، وكذلك لوشرط الغلة إلا مائة، فهو كاشتراطها لنفسه.

١٠٩٤٧- ولو شرط بعض الغلة لأمهات أولاده فى حال حياته، وبعد وفاته، فهو جائز بلا خلاف، أما على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: فلأنه لوشرط بعض الغلة لنفسه

---

(١) أخرجه الحاكم فى "مستدركه" (٢٣١١)، والبيهقى فى "سننه الكبرى" (٢٠٩١٩): باب ما جاء فى إعطاء الشعرى، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٦٦٤٦)، وذكره الزيلعى فى "نصب الراية" (٣/ ٤٧٩) من حديث المقدام بن معديكرب والخدرى، ومن حديث جابر، ومن حديث أبى أمامة.

(٢) ذكره ابن حجر فى "الدراية" (٧٥٩) وقال: والمراد وقفه لا يوجد (٢/ ١٤٦)، وقال الزيلعى: غريب أيضًا (٣/ ٤٧٩).

حال حياته [يجوز، فهنا أولى، وأما على قول محمد: فمشكل؛ لأنه لايجوز اشتراط الغلة لنفسه حال حياته][(١)]، واشتراطها لأمهات أولاده حال حياته بمنزلة اشتراطها لنفسه، والوجه في ذلك لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن بعد وفاته؛ لأنهن يعتقن بموته، فاشتراطها لهن كاشتراطها لنساء الأجانب، فيجوز ذلك في حال حياته أيضًا، تبعًا لما بعد الوفاة، وهذا كما قال أبوحنيفة رضي الله تعالى عنه في أصل الوقف إذا كان قال: وقفت أرضي هذه حال حياتي وبعد وفاتي، يصير لازمًا للحال، وكان لزومه في الحال تبعًا لما بعد الموت، وكذلك إذا سمى ذلك لمدبريه؛ لأنهم يعتقون بموته كأمهات الأولاد، بخلاف العبيد والإماء على قول محمد رحمه الله تعالى.

١٠٩٤٨- وإذا وقف وقفًا مؤبدًا، واستثنى لنفسه أن ينفق من غلة هذا الوقف على نفسه وعياله وحشمه ما دام حيًّا، حتى جاز الوقف والشرط جميعًا عند أبي يوسف رحمه تعالى، فإذا انقرضوا صارت الغلة للمساكين.

١٠٩٤٩- وإذا وقف وقفًا على فلان وعلى أقرباءه بأعيانهم، جاز ما داموا حيًّا، فإذا انقرضوا يرجع إليه إن كان حيًّا، وإلى ورثته إن كان ميتًا، هكذا ذكر في "الأجناس"، وأشار إلى الفرق، فقال: في المسألة الثانية أوجب الصدقة لهذا خاصة، فإذا مات لا ينتقل إلى غيره، وفي المسألة الأولى جعلها صدقة موقوفة على الفقراء، فقد مضت المسألة، ثم أدخل الاستثناء لصدقة مضت، فكذلك رجعت إلى المساكين.

١٠٩٥٠- وإذا وقف وقفًا، وشرط لنفسه أن يأكل، ويؤكل من أحب ما دام حيًّا، ثم من بعده على ولده، وولد ولده، ونسلهم أبدًا ماتناسلوا، فإذا انقرضوا، فهو على المساكين، فهو جائز عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، ولم يكن ذلك وصية للولد؛ لأن الولد يأكل من مال الله تعالى، ألا ترى أنه لووقف على أولاده، وأولاد أولاده أبدًا ماتناسلوا، وجعل آخره للفقراء يجوز؟ كذلك هنا، ذكره في "الأجناس".

١٠٩٥١- وفي "فتاوى أهل سمرقند": وإذا وقف وقفًا، وشرط لنفسه أن يأكل ما دام حيًّا، ثم مات وعنده مغاليق وزبيب من هذا الوقف يرد إلى الوقف؛ لأن المشتثنى هو الأكل وقد تعذر، ولو كان عنده خبز من بر ذلك الوقف يكون ميراثًا عنه لورثته، ولا يرد إلى الوقف.

والفرق أنه ليس للأوصياء أن يخبزوا ما يخرج من البر، فإذا خبز فقد فعل ما ليس له ذلك فلم يملكه، فيصير ميراثًا لورثته، وللأوصياء أن يتخذوا المغاليق والزبيب، فقد فعل ما له

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ذلك ، فلم يملكه ، فلم يصر ميراثًا لورثته ، فيرد إلى الوقف إذا شرط الواقف أن يكون هو المتولى . فعلى قول أبى يوسف الوقف والشرط صحيحان ، وعلى قول محمد ، وهلال الوقف والشرط باطلان ، وهذا بناء على ما تقدم أن التسليم للمتولى ليس بشرط لصحة الوقف عند أبى يوسف رحمه الله تعالى ، وعند محمد : شرط .

١٠٩٥٢- ذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه : إذا شرط فى أصل الوقف أن يستبدل به أرضًا أخرى إن شاء ذلك فيكون وقفًا مكانها ، فهو جائز عند أبى يوسف ، يعنى الوقف والشرط ، وكذلك إذا شرط أن يبيعه ، ويستبدل بثمنه مكانه ، وعند محمد وهلال الوقف جائز والشرط باطل ؛ لأن هذا الشرط لا يؤثر فى المنع من زوال الملك ، والوقف يتم ذلك ، ولا ينعدم به معنى التأبيد فى أصل الوقف ، فيتم الوقف بشروطه ، ويبقى الاستبدال شرطًا فاسدًا ، فيكون باطلا فى نفسه .

١٠٩٥٣- وإن شرط فى الوقف [أن له] أن يبيع ذلك ، ولم يشترط الاستبدال بثمنه مايكون وقفًا مكانه ، قال محمد رحمه الله تعالى : الوقف باطل ، وعن أبى يوسف : أن الوقف جائز ، والشرط باطل، ذكره الخصاف فى وقفه .

ولوشرط أن يبيعها ويستبدل بثمنها أرضًا ، فاستبدل بثمنها دارًا ، أو عقارًا ، ذكر الخصاف هذه المسألة فى باب واحد فى موضعين ، فقال فى أوله : ليس له ذلك ، وفى آخره قال : له ذلك . ولو شرط لنفسه أن يبيعها ، وأن يستبدل بثمنها ، ولم يقل غير هذا ، فهو باطل ؛ لأنه لم يقل : ويستبدل بثمنه ما يكون وقفًا مكانه .

ثم إذا جاز الوقف ، وشرط البيع والاستبدال بالثمن ، فباعه بما يتغابن الناس فيه ، فالبيع جائز ، وإن باعه بما لا يتغابن الناس فيه ، فالبيع باطل . وإذا جاز البيع ، واشترى بثمنها أرضًا أخرى ، تكون وقفًا على شروطها ، وليس له أن يبيع الثانية ، إلا إذا شرط ذلك فى أصل الوقف .

١٠٩٥٤- وإذا باع الأرض وقبض الثمن ، وهلك فى يده ، فلاضمان ، ويكون الثمن عنده أمانة . وليس له أن يبيع الأرض إلا بالدراهم فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ، فإن باعها ، فردت عليه بعيب بعد القبض بقضاء ، أو بغير قضاء ، أو بإقالة يعود وقفًا كما كانت ، وليس له أن يبيع الأرض بعد الإقالة ، إلا أن يكون الشرط[1] ذلك فى الوقف .

١٠٩٥٥- وإن باعها واشترى بثمنها [مكانها] أرضًا أخرى ، ثم ردت عليه الأولى [فإنها

---

(١) وفى "م" : اشترط مكان الشرط .

تعود] كما كانت، وتكون الثانية له، يصنع بها ما بدا له. فإن استحقت الأرض التى باعها من يد المشترى، فالأرض الثانية له، يصنع بها ما شاء، ولا تكون وقفًا من قبل أن التى استحقت كان وقفه باطل.

وسئل شمس الإسلام محمود الأوزجندى رحمه الله تعالى عمن وقف على أولاده، وقال لهم: إن عجزتم عن إمساكه فبيعوه، قال: لو كان هذا شرطًا فى الوقف، كان الوقف باطلا، وهذا يجب أن يكون [على] قول محمد رحمه الله تعالى، وأما على قول أبى يوسف: يجوز الوقف، ويبطل الشرط على ما ذكرنا قبل هذا.

١٠٩٥٦- وإذا شرط الخيار لنفسه فى الوقف ثلاثة أيام، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الوقف جائز، والشرط جائز، وعلى قول محمد: الوقف باطل [وعلى قول أبى يوسف بن خالد: الوقف جائز، والشرط باطل][(١)].

محمد يقول: الوقف صحته تعتمد تمام الرضا، ألا ترى أنه لا يصح مع الكره واشتراط الخيار يمنع تمام [الرضا؛ ولأن القبض عنده شرط صحة الوقف، واشتراط الخيار يمنع تمام][(٢)] القبض، ألا ترى أن فى الصرف والسلم لا يتم القبض مع شرط الخيار. وأبو يوسف يقول: الوقف يتعلق به اللزوم، ويحتمل الفسخ ببعض الأسباب، واشتراط الخيار للفسخ، فيصح شرط الخيار فيه، كما فى البيع.

١٠٩٥٧- وإن قال: أبطلت الخيار، لا ينقلب الوقف جائزًا عند محمد رحمه الله تعالى، ذكره هلال فى وقفه.

١٠٩٥٨- وإذا شرط الولاية لنفسه فى عزل القوام والاستبدال بهم، وإخراجه من يده إلى يد المتولى جاز، نص عليه فى "السير الكبير" لأن هذا الشرط لا يخل شرائط الوقف. ولو لم يشترط الولاية لنفسه وأخرجه من يده، قال محمد رحمه الله تعالى: الولاية للقيم، وقال أبو يوسف: الولية للواقف، وله أن يعزل القيم فى حياته.

١٠٩٥٩- وإذا مات الواقف، يبطل ولاية القيم؛ لأن الوقف عنده صحيح بدون التسليم إلى المتولى، فإذا أسلمه إلى المتولى، كان [المتولى] كالوكيل عنه، فيعزل بموته، إلا إذا جعله قيما فى حال حياته وبعد وفاته، فحينئذٍ يصير وصيًا، وعند محمد رحمه الله تعالى: التسليم إلى المتولى شرط صحة الوقف، فلا يكون المتولى كالوكيل عنه، فلا يملك عزله.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبتت هذه العبارة من "ظ" و "م".

وفي "فتاوى أبي الليث" ما هو قريب من هذه المسألة، وصورتها: إذا أخرج الوقف من يده، وسلمه إلى المتولي، ثم إذا أراد إخراجه من يده [إن] كان شرط في أصل الوقف [أن له الإخراج من يد القيم][1]، فله أن يخرجه من يده [لأن شرط الواقف مراعى، وإن لم يشترط ذلك في أصل الوقف، فله أن يخرجه من يده عند أبي يوسف][2] خلافًا لمحمد؛ لما قلنا.

ذكر الخصاف في وقفه مسائل على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: فقال: إذا كتب في صك الوقف: لا يباع ولا يوهب ولا يملك، ثم قال في آخر الكتاب: وعلى أن لفلان بيع ذلك، والاستبدال بثمنه ما يكون وقفًا، فله أن يبيع ويستبدل؛ لأن العبرة للآخر، والآخر ناسخ للأول. وإن قال في أول الكتاب: على أن لفلان بيع ذلك والاستبدال به، ثم قال في آخر الكتاب: وعلى أنه ليس لفلان بيع ذلك، فليس له أن يبيع ، ألا ترى أن رجلا لو اشترى دارًا بمائة دينار، وكتب في أول الشراء الخيار، وكتب في آخره أنه لاخيار لفلان فيما اشترى مما سمي، ووصف في هذا الكتاب أن الشراء جائز، وقد أبطل الخيار.

١٠٩٦٠- وإذا شرط في الوقف أن يبيعه، وأن يجعل ثمنه في وقف أفضل منه، حتى جاز الشرط والوقف عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، فله أن يبيعه، وذكر الأنصاري في وقفه أنه لا يبيع إلا بإذن الحاكم. قال الأنصاري أيضًا: ينبغي للحاكم إذا رفع إليه ولا منفعة في الوقف أن يأذن له في البيع إذا رآه أحفظ لأصل الوقف، فإن باعها واشترى بثمنها أرضًا أخرى، كان وقفًا، وليس له أن يبيع الأرض الثانية إلا أن يشترط ذلك في أصل الوقف، ذكره هلال في وقفه.

١٠٩٦١- ولو شرط في أصل الوقف أن يبيع الوقف، ويجعل ثمنه في المساكين، لم يجز هذا الشرط، ذكره الأنصاري في وقفه.

وذكر الخصاف في وقفه لو شرط أن يبعيها، ويصرف ثمنها إلى ما رأى من أبواب الخير، فالوقف باطل. وإن شرط في أصل الوقف أن يبيعه، ولم يبعه، لايجوز لمن وليه بعده أن يبيعه.

١٠٩٦٢- في وقف الأنصاري أيضًا: وإذا وقف ضيعة على أن له أن يبيعها، ويصرف ثمنها إلى حاجته، قال أبو نصر: الوقف جائز والشرط باطل، وعن أبي القاسم نحوه، وقال أبوبكر الإسكاف: الوقف باطل، قال الصدر الشهيد: وهو المختار؛ لأنه ينعدم به التأبيد،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وكذلك لو حبس فرسًا، أو سلاحًا، وجعله وقفًا عشرين سنة، ثم هى مردودة إلى صاحبها؛ لما قلنا.

١٠٩٦٣- فى "فتاوى أبى الليث" وفى سير "العيون": حبس فرسًا فى سبيل الله عشر سنين، ثم هى مردودة على صاحبها، فهو باطل، وعن أبى يوسف بن خالد السمنى استاذ هلال أن الوقف جائز، والشرط باطل، وكذلك فى الوقف شرط أن يبيعه، كما قال أبو القاسم وأبو نصر.

وفى "فتاوى أبى الليث": إذا جعل فرسه فى السبيل على أن يمسكه ما دام حيًّا، إن أراد الإمساك ليجاهد عليه له ذلك، لأنه لولم يشترط كان لجاعل السبيل إمساكه ليجاهد، وإن أراد الإمساك لينتفع به غير الجهاد، لم يكن له ذلك، وصح جعله للسبيل فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى".

نوع منه:

١٠٩٦٤- لو أن رجلا وقف أرضًا على قوم، ثم من بعدهم على المساكين، وشرط فى الوقف أن له أن يزيد من رأى زيادته من أهل هذا الوقف، وله أن ينقص من رأى نقصانه منهم، وأن يدخل فيهم من رأى إدخاله، ويخرج من رأى إخراجه، فهو جائز على هذا الشرط، فإن زاد أحد منهم شيئًا على ما سماها له، وأخرج منهم أحدًا أو أدخل أحدًا، هل له بعد ذلك أن ينقص من زاد، أو يزيد من نقصه، أو يخرج من كان أدخله؟ قال الخصاف فى وقفه: إذا فعل ذلك مرة فليس له أن يغير بعد ذلك، فإن أراد أن يكون ذلك له أبدًا ما عاش، يزيد أو ينقص، ويدخل ويخرج مرة بعد مرة، قال: يشترط ذلك، ويقول فى وقفه: ومن زاده فلان شيئًا من غلة هذه الصدقة على ما جعله فله أن ينقصه بعد ذلك، ومن نقصه فلان شيئًا عما جعله من غلة هذه الصدقة، فله أن يزيده بعد ذلك، ومن أخرجه عن هذه الصدقة، فله أن يدخله فيها بعد ذلك، ومن أدخله فى هذه الصدقة فله أن يخرجه عنها بعد ذلك متى رأى يفعل ذلك كله برأيه، ويمضيه على مشيئته أبدًا ما كان حيًّا، رأيًا بعد رأى، ومشيئةً بعد مشيئة.

١٠٩٦٥- وإن اشترط الواقف هذه الأشياء لوالى هذه الصدقة من بعده، ولم يشترط لنفسه، قال الخصاف: اشتراط ذلك لوالى الصدقة اشتراط لنفسه، وله أن يفعل ذلك ما دام حيًّا[1]، فإذا مات كان لوالى هذه الصدقة أن يفعل ما شرط له.

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى النسخ التى عندنا كلها: ما كان حيًّا.

وكذلك لو اشترط لوالي هذه الصدقة من بعده أن له أن يبيع هذه الصدقة، وما رأى منها، وأن يشتري بثمن ذلك ما يكون وقفًا على ما سبّل له، فهو جائز، واشتراط ذلك لوالي الصدقة اشتراط لنفسه، ولكل واحد منهما أن يفعل ذلك، ولكن الوالي يفعل ذلك بعد ما مات الواقف.

١٠٩٦٦- وإن اشترط لوالي هذه الصدقة أن يفعل ذلك ما دام الواقف حيًّا، فهذا له ولوالي الصدقة ما دام الواقف حيًّا، فإذا مات الواقف، فليس للوالي أن يفعل ذلك.

١٠٩٦٧- وإن اشترط الواقف أن له أن يقضي دينه من غلته، فذلك جائز، وكذلك إذا قال: إن مت وعلي دين بدئ من غلة هذه الصدقة بقضاء ما علي من الدين فإذا قضى كانت غلة هذه [الصدقة بعد ذلك جارية على ما سبلها، فذلك جائز، ولو بشرط أن له يعني للواقف أن ينفق على نفسه وولد هويقضي دينه من غلته، فإذا حدث به حدث الموت كانت غلة هذه الضيعة][1] لفلان ابن فلان، وولده وولد ولده ونسله، وعقبه، أو بدأ بما جعل لفلان، وأخر ما جعل لنفسه، قال الخصاف: تقديمه وتأخيره سواء على مذهب أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو جائز على ما اشترط.

نوع آخر منه:

١٠٩٦٨- إذا قال: أرضي صدقة موقوفة أبدًا على أن أضع غلتها حيث شئت، جاز، وله أن يضع غلتها حيث شاء، فإن وضع في المساكين، أو في الحج، أو في إنسان [بعده][2]، فليس له أن يرجع عنه، وكذلك لو قال: جعلتها لفلان، أو أعطيتها فلانًا، فلا يرجع عنه، ولو وضعها في فريق بعد فريق، جاز؛ لأن المشيئة عامة، ولو وضعها في نفسه بطل الوقف. وهذا إنما لا يتأتى على قول هلال، وهذا لأن الوضع قد يكون عند نفسه، وقد يكون عند غيره، فنفسه محل الوضع [كما أن غيره محل الوضع]، فإذا وضع في نفسه تعين هو محلا، والتحق بالتعين في الابتداء، وصار كما لو شرط الوضع في ابتداء الوقف، وهناك يبطل الوقف على قول هلال، فههنا كذلك، بخلاف ما لو قال: [علي] أن أعطي غلتها من شئت، أو ادفع إلى من شئت لأن الإعطاء والدفع إلى نفسه لا يكون، فلم يتناول العقد نفسه، فلغى الدفع والإعطاء إلى نفسه لما لم يتناول العقد وبقي العقد صحيحًا على ما كان.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا في "ف".

١٠٩٦٩- ولو قال: أرضى صدقة موقوفة على [أن لى أن] أعطى غلتها من شئت من ولدى، فالوقف صحيح، وله أن يعطى من شاء من ولده ابتداء؛ لأن الوقف عليهم صحيح، ويجوز إعطاء الوقف إياهم. ولو أراد أن يعطى غلتها جميع ولده لا يجوز قياسًا؛ لأن حرف من للتبعيض، فيترك واحدًا منهم، وفى الاستحسان: يجوز [إذ لا](١) يراد بمثل هذا الكلام التبعيض، وإنما يراد به إثبات الخيار لنفسه بين إعطاء الواحد وبين إعطاء الكل، كما فى قوله: كل من طعامى ما شئت. قال الفقيه أبو جعفر: القياس المذكور فى المسألة قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، والاستحسان قولهما: بناء على مسألة "الجامع" إذا قال لغيره: أعتق من عبيدى من شئت، وطلق من نساءى من شئت.

نوع آخر منه:

١٠٩٧٠- إذا قال: أرضى صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا على أن أعطى غلتها من شئت من الناس، فهو جائز، فليس له أن يعطى نفسه، وإن قال بعد ذلك: جعلت غلتها لفلان ما عاش، فذلك جائز، ويصير كأنه سماه عند الوقف وشرط له ذلك. فإن قال بعد ذلك: حولتها عن فلان، وجعلتها لفلان رجل آخر، ليس له ذلك؛ لأن مشيئته قد انقطعت عن غلة هذا الوقف ما دام فلان حيّا؛ لأن تعيينه قد صح فى هذه الحالة، والتحق بالتعيين فى ابتداء العقد، وهو نظير ما لو قال: أوصيت بثلث مالى، أو لفلان يعطيه [من] شاء، فقال فلان بعد موت الموصى: شئت أن أعطيه فلانًا، ثم قال بعد ذلك: أعطيته فلانًا آخر، ليس له ذلك، كذا ههنا.

فإن مات من جعل له الغلة ما عاش، عادت المسألة إلى الوقف؛ لأنه جعل المشيئة إلى نفسه عامّا فى جميع مايخرج الله تعالى من الغلات، وإنما قطعت المشيئة فى بعض الغلات، وهو ما يوجد فى حال حياة فلان، فيكون مشيئته باقية فيما وراءه.

١٠٩٧١- وإن مات الواقف قبل أن يجعل الغلة لواحد من الناس، كانت الغلة للفقراء؛ لأنه لما قال فى صدر الكلام: صدقة موقوفة، فقد جعلها للفقراء، وبقوله: على أن أعطى غلتها من شئت، استثنى عن حق الفقراء، وبموته بطل الاستثناء، فعادت إلى الفقراء.

ثم يدخل فى هذا الوقف الفقراء والأغنياء، بخلاف ما إذا وقف على الأغنياء، فإن ذلك لا يجوز؛ لأن الأغنياء لا انقراض لهم، فلا يتصور أن للفقراء فيه حقّا بحال، وإنهم مجهولون، والجهة ليست بقربة، وفى مسألتنا يتصور أن يكون للفقراء حق بأن يعطى الفقراء.

---

(١) هكذا فى "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ": وفى الاستحسان يجوز له أن يراد.

١٠٩٧٢- ولو جعل غلتها لفلان سنة جاز ، وله أن يجعلها بعد ذلك لمن شاء ، وإن جعل غلتها لرجلين ، فالغلة بينهما ما عاشا ، فإن مات أحدهما ، فللحى نصف الغلة .

١٠٩٧٣- ولو قال : جعلت [غلتها] لولدى صح ، كما لو وقف غلتها فى الابتداء .

ولو قال : جعلت غلتها لأهل الدنيا الفقراء والأغنياء ، فالقياس أن يكون الوقف باطلا ، وفى الاستحسان الوقف صحيح ، والجعل باطل ، وله المشيئة على حالها ؛ لأن أصل الوقف للفقراء ، وأنه جائز ، إلا أنه استثنى الغلة بمشيئة نفسه ، فإذا لم تصح المشيئة ، بقى الوقف على حاله ، والمشيئة على حالها ، كأنه لم يشأ أصلا .

١٠٩٧٤- ولو أوصى بثلث ماله ، وقال : فلان يعطى من شاء ، فذلك جائز ، فإن اختار أن يضع عند ابن الميت ، فإن أجاز سائر الورثة جاز ، وإن أبوا بطل ، وعاد الثلث إلى الورثة ، وليس له المشيئة بعد ذلك ، صح ذلك ؛ لأن تعيين الوصى ، وهو قائم مقام الموصى كتعيين الموصى ، ولو كان الموصى أوصى لورثته لا يجوز ، فكذا إذا عين الوصى وارثه للوصية .

١٠٩٧٥- ولو وقف فى مرضه على أن يعطى فلان غلتها من شاء ، فاختار الوصى[1] أن يعطى ذلك فى ولد الميت لا يجوز ؛ لأن الوقف فى المرض وصية ، وتعيين الوصى كتعيين الموصى ، فكأن الواقف أوصى لولده ، ويبطل الوقف قياسًا كما فى الوصية ؛ لأن تعيين الوصى كتعيين الموصى فى الوقف ، فكأن الموصى وقف على ولده فى المرض ، فهذا كذلك ، وفى الاستحسان الوقف على الصحة ؛ لأن أصله وقع صحيحًا للفقراء ، إلا أن الواقف جعل لفلان المشيئة ، فإن شاء مايصح به الوقف يصح ، ولا تبطل مشيئته .

نوع آخر:

١٠٩٧٦- إذا قال : أرضى صدقة موقوفة على أن لفلان أن يعطى غلتها من شاء ، فمات الواقف قبل أن يجعل فلان الغلة لأحد ، بطلت مشيئته قياسًا ؛ لأنه نائب عن الواقف فى المشيئة ، وموت المنوب عنه يوجب بطلان النيابة ، وفى الاستحسان : له المشيئة ما دام حيًا ؛ لأن ملك الواقف قد زال بنفس الوقف ، فلا يمكن أن يجعل فلان نائبا عنه فى المشيئة ، وإنما هو ينصرف إلى الموقوف عليه ، فموت الواقف لا يبطل ولايته ، كمن وقف وقفًا ، ونصب قيما ، ثم مات الواقف ، فإن قال فلان : أعطيتها ولدى ونسلى جاز ، وكذلك لو قال : جعلتها لولد الواقف جاز .

---

(١) هكذا فى الأصل ، وكان فى النسخ الباقية التى عندنا : أن يضع مكان أن يعطى .

١٠٩٧٧- ولو وضعها فلان فى نفسه لم يجز، ولو أعطاها الواقف بطل الوقف، بخلاف ما إذا جعل الواقف المشيئة إلى نفسه فى إعطاء الغلة، فأعطى نفسه، حيث لا يبطل الوقف؛ لأن ذلك لا يكون إعطاء؛ لأن اللفظة لا تتناوله، وهنا يكون إعطاء؛ لأن اللفظ يتناوله، فتعين الواقف بتعيينه، وصار كأن الواقف وقف على نفسه، فيبطل ضرورة.

ولو قال فلان: جعلتها للأغنياء، بطل الوقف؛ لأن تعيينه كتعيين الواقف، فكأن الواقف وقف على الأغنياء، وكذلك لو قال: جعلتها للواقف سنة، ثم بعد ذلك للفقراء، بطل الوقف، كما لو وقف على نفسه، ثم بعد ذلك على الفقراء، فإنه لا يصح الوقف، وإنما لا يصح؛ لأن فى السنة يكون وقفًا، وبعد السنة يكون تعليقًا بالحظر وأنه لا يجوز.

نوع منه:

١٠٩٧٨- إذا قال: أرضى صدقة موقوفة على بنى فلان على أن لى أفضل من شئت منهم، كان ذلك جائزًا، ويكون له أن يفضل من شاء، ولو رد المشيئة، فقال: لا أشاء، أو مات، كانت الغلة بين بنى فلان بالسوية؛ لأنه بطل التقييد بالمشيئة، ولو حرم بعضهم، ليس له ذلك؛ لأنه جعل لنفسه المشيئة فى تفضيل البعض على البعض، لا فى الحرمان.

وكذلك لو وقف على بنى فلان على أن لفلان أن يفضل من شاء منهم، كان لفلان أن يفضل من شاء منهم، ولو كان بنو فلان ثلاثة إخوة، فقال لأحدهم: فضّلته بنصف الغلة، فله ثلثا الغلة، والثلث للآخرين [لأنه جعل له نصف الغلة خاصة، ولم يتصرف فى النصف الآخر بشىء، فيبقى بينهم بالسوية بأصل الوقف، فكان له من ذلك ثلثه، وله النصف خاصة، فجملة ذلك الثلثان، والثلث للآخرين][1].

١٠٩٧٩- ولو قال: أرضى صدقة موقوفة على أن لى أن أخص الغلة والثلث من شئت منهم، فهو كما قال، وله أن يخص من شاء منهم، ولو دفع الكل إلى واحد منهم جاز، ولو دفع الكل إلى الكل، القياس أنه لا يجوز، عملا بكلمة من، وفى الاستحسان يجوز، وقد مرّ جنس هذا.

١٠٩٨٠- ولو قال: لا أخص واحدًا منهم هذه السنة، جاز، وكان بينهم بالسوية بأصل الوقف، ولو قال: لا أشاء أن أخص واحدًا منهم فى حياتى، صار بينهم بالسوية، ولو كان

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

خص واحداً منهم، ثم مات الواقف، كان له تلك السنة، ثم بعد ذلك بينهم بالسوية.

١٠٩٨١- ولو قال: على أن لى أحرم من شئت منهم، فهو كما قال، وله أن يحرم من شاء منهم، ولوحرم الكل لايعمل تحريمه، قياسًا قضية لكلمة من، وفى الاستحسان يعمل لمامرّ، وقيل هو قياس قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، كما ذكرنا فى مسألة الجامع، وإذا عمل تحريم الكل استحسانًا، كانت الغلة للفقراء؛ لأن قوله: صدقة موقوفة، يقتضى أن تكون للفقراء، ولو قال: حرمتهم سنة، تكون تلك السنة للفقراء، ثم بعدها تكون لهم.

١٠٩٨٢- ولو قال: حرمت فلانًا [أو فلانًا] فالبيان إليه، وإذا مات لا يكون البيان إلى الورثة، قال هلال: ولا يشبه هذه الوصية، يريد إذا أوصى بثلث ماله لفلان، أو فلان، ومات الموصى، كان البيان للورثة.

١٠٩٨٣- قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: مسألة الوصية على الخلاف، روى عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن الوصية باطلة؛ لأن الموصى له مجهول، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن الوصية لهما؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر، وبهذا الطريق قلنا: إن من أعتق أحد عبديه، ومات قبل البيان، شاع العتق فيهما، وعند محمد رحمه الله تعالى الوصية صحيحة، والبيان للورثة، وفرق محمد بين الوصية وبين الوقف، والفرق: أن الوقف يزول عن ملك الواقف بنفس الإيقاف، فحين مات لم يكن الوقف على ملكه ليخلفه وارثه فى الملك، ثم يثبت له البيان بناء عليه.

١٠٩٨٤- إذا قال: أرضى هذه صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا على زيد وعمرو ما عاشا، ومن بعدهما على المساكين، على أن يبدأ بزيد، فيعطى من غلته فى كل سنة ألف درهم، ويعطى عمرو قوته لسنة، فهو جائز على ما قال، فإن فضل بعد ذلك من الغلة شىء، كان بينهما، وإن لم يكن غلته سنة إلا ألف درهم، يعطى ذلك زيداً، وكذلك إذا كان أقل من ألف، فذلك كلها لزيد، فإن مات زيد، ثم جاءت غلة سنة يعطى عمرو قوته لسنة، فإن كانت الغلة ثلاثة آلاف درهم، وقوت عمرو لسنة ألف درهم، دفع إليه ألف درهم، ويكون له تمام نصف الغلة، وذلك خمسمائة، ويكون ألف درهم وخمسمائة للمساكين، فإن لم يمت زيد ومات عمرو، أعطى زيد ألف درهم الذى سمى له، وتمام نصف الغلة، ويكون الباقى للمساكين.

١٠٩٨٥- ولو قال: أرضى هذه صدقة [موقوفة] على زيد وعمرو وخالد، يبدأ بزيد، فيكون غلة هذه الصدقة له أبدًا ما عاش، ثم لعمرو، ثم لخالد، فيكون له غلة هذه الصدقة أبدًا ما عاش، ينفذ ذلك على ما ذكر من تقديم بعضهم، فإذا انقرضوا، كانت الغلة للفقراء -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل الخامس
في الإقرار بالوقف

١٠٩٨٦- رجل فى يده أرض، أقر فى صحته أنها صدقة موقوفة، و [لم يراع][1] ذلك، جاز إقراره، وهو وقف يجب أن يعلم بأن قوله: من الأرض فى يده هذه الأرض وقف إقرار بالوقف، وليس بابتداء وقف، حتى لا يشترط شرائط الوقف، وقوله: أرضى هذه صدقة [موقوفة] ابتداء وقف حتى يراعى [فيه] شرائط الوقف، وهذا لأن قوله: أرضى هذه دعوى الأرض لنفسه، وأنه من تصرف الملاك، واليد عند تصرف الملك دليل الملك، وإذا ثبت الملك له، كان قوله: صدقة موقوفة، ابتداء وقف، ولا كذلك هذه الأرض صدقة موقوفة، ألا ترى أن من قال لعبد فى يديه: عبدى هذا حر، كان ابتداء إعتاق، ولو قال: هذا العبد حر، كان [إقرارًا] بالعتق، كذا هنا.

قال هلال البصرى فى وقفه: ولا أجعل المقرّ هو الواقف لها ولا غيره، وهكذا ذكر الخصاف فى وقفه؛ لأن قوله: هذه الأرض صدقة موقوفة يتعرض لأصل الوقف، أما لايتعرض للواقف، وكما يجوز أن يكون هو الواقف، يجوز أن يكون الواقف غيره، فحكمنا بأصل الوقف؛ لأنه لااحتمال فيه، ولم نحكم بكونه واقفا [ولا يكون غيره واقفًا][2] لمكان الاحتمال، قال هلال: إلا أن يشهد الشهود أن هذه الأرض كانت لهذا المقر حين أقرّ، فيجعل المقر هو الواقف، وهو كرجل فى يديه عبد، أقر أنه حر، وشهد الشهود أن العبد كان له حين أقر بهذا الإقرار، جعلت الولاء له، فإن لم يشهدوا بذلك جعلنا العبد حرا بإقراره، ولم نحكم له فى الولاء بشىء.

١٠٩٨٧- وذكر الأنصارى فى وقفه: إذا قال: هذه الأرض التى فى يدى صدقة موقوفة، يجعل كأنه هو الذى وقفها، ألا يرى أنه لو قال لعبد فى يده: إنه حر، كان ولاءه للمقر، وجنايته على عاقلته.

١٠٩٨٨- قال الشيخ الإمام أبو العباس رحمه الله تعالى: فعلى قياس هذا: إذا شهد

---

(١) كذا فى "ظ"، وكان فى الأصل: ولم يزد على ذلك.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الشهود أن الأرض التى فى يديه هى وقف على الفقراء، ولم يذكروا من وقفها، ينبغى أنها وقف من الذى هى فى يديه، وأنه هو الواقف.

قال بعض مشايخنا: قول هلال: إلا أن يشهد الشهود أن هذه الأرض كانت لهذا المقر حين أقر، فيجعل المقر هو الواقف مشكل، وهذا لأن الشهادة لا تقبل إلا بعد خصومة صحيحة، وعلى من يصح الخصومة هنا حتى يشهد الشهود أنها كانت فى ملكه يوم الإقرار؟ والجواب: يحتمل أن الخصومة وقعت بعد وفاته، بأن كانت قرابته فقراء، فيقيمون البينة حتى يثبت أنه هو الواقف، فيكون صرف الغلة إليهم أولى، أو يحتمل أن فى حال حياته يغلب عليها غيره، ويزعم أنه هو الواقف، فيحتاج المقر أن يقيم البينة أنه هو الواقف حتى ينزعها عن يده.

والولاية له استحسانًا حتى يقسم الغلة بين الفقراء، ولكن ليس له أن يوصى إلى غيره، وهذا لأن يد المقر على الأرض حجة ظاهرة إن كان هو الواقف كان يده محققة، وإن كان الواقف غيره، فكذلك، لأنا نجعل كأن ذلك الغير ولاه أمرها، فإن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد، وإذا كانت يده محقة من حيث الظاهر، لا يجوز إبطالها عليه إلا بحجة.

١٠٩٨٩- رجل فى يده أرض، أقر أنها صدقة [موقوفة] من قبل فلان، فهذا على وجهين: إما أن يكون الإضافة إلى غيره بحرف من أو بحرف عن، وإما أن يضيفه إلى والده، أو إلى رجل أجنبى، وإذا أضافه إلى أجنبى، إما أن يسمى ذلك الرجل بعينه، أو لم يسمِّه بعينه، فأما إذا أضافه إلى والده، فإن أضافه إليه بحرفين، بأن قال: هذه الأرض صدقة موقوفة من والدى، كان هذا إقرارًا بالملك لأبيه؛ لأن كلمة من تستعمل فى القرب غالبًا، يقال: أدن منى، فقد قرب الأرض الموقوفة إلى الله تعالى، وتقريب عين من الأعيان إلى إنسان يكون بالملك حقيقة؛ لأنه هو القرب الكامل، فهو معنى قولنا: أقر بالملك لأبيه، وأقر بالوقف عليه. فينظر إن كان على الأب دين، أو أوصى بوصية، وليس له مال آخر، فإنه يباع من الأرض قدر الدين والوصية، فيقضى [الدين] وتنفذ الوصية من الثلث؛ لأن إقرار الوارث فى حق الغريم أو الموصى له غير معتبر، ثم فى الباقى ينظر هل للميت وارث سواه، أو لم يكن؟ فإن لم يكن نفذ إقراره، وإن[1] كان الباقى من الأرض وقفًا على الفقراء؛ لأنه أقر على نفسه بحق الفقراء ظاهرًا؛ لأن الملك له فى الظاهر. ثم ينظر إن لم يدع الولاية لنفسه، فلا ولاية له، وللقاضى أن يولى أمره من يشاء، وإن ادعى الولاية قبل قوله استحسانًا، حملا لآخره على الصلاح. وأما إذا كان معه وارث آخر، فإن أقر الآخر بجميع ما أقر به هذا الوارث، كان الجواب كما قلنا،

(١) كذا فى الأصل، وفى "ظ": وكان الباقى بدون حرف "إن".

وإن أنكر الوقف، كان نصيب المنكر ملكًا له، يتصرف فيه ما شاء، ونصيب المقر وقفًا.

١٠٩٩٠- وأما إذا قال: هذه الأرض صدقة موقوفة عن والدى، فإنه لا يكون هذا إقرارًا بالملك فى الأرض لوالده، [ولا بأنه] هو الواقف؛ لأن كلمة عن استعمل للتبعيد، ويكون معناه وقف هذه الأرض بسبب والدى، وثوابه لوالدى، كما يقال: فلان تصدق عن والده كذا، وفلان أعتق عن والده بكذا، وإذا لم يكن هذا إقرار بالملك لوالده لا يقبل فى منازعة وارث آخر إن كان ذلك، ولكن يصح إقراره أن الأرض وقف على الفقراء؛ لأنه أقر بما فى يده أنه حق الفقراء، ولا يجعل الواقف هو ولا غيره على ما هو، وكانت الولاية له استحسانًا لما ذكرنا قبل هذا.

١٠٩٩١- فأما إذا أضاف الوقف إلى رجل أجنبى، فإن ذكر رجلا معروفا سماه بعينه، وكانت الإضافة بحرف من، وكان ذلك الرجل فى الأحياء، وكان حاضرًا، يرجع إليه فى التصديق والتكذيب؛ لأنه أقر بالملك له، وشهد عليه بالوقف، فإن صدقه فى جميع ذلك يثبت جميع ذلك بتصادقهما [وإن صدقه فى الملك، وكذبه فى الوقف، يثبت الملك بتصادقهما][1]، ولم تثبت الوقفية لكون الشاهد واحدًا، وإن كان ميتًا، فالأمر إلى ورثته فى التصديق والتكذيب على ما ذكرنا، فإن صدقه البعض فى جميع ذلك، وكذبه البعض فى الوقفية، فنصيب المصدق وقف، ونصيب الجاحد ملك له، يتصرف فيها ما شاء، وأما الولاية ففى حال تصديق الورثة الولاية له استحسانًا، فإذا صدقه البعض فى الوقفية، وكذبه البعض، فلا ولاية له قياسًا، قال هلال: وبالقياس نأخذ فى هذه الصورة، وكذلك إن صدقوه فى الوقف، وكذبه البعض فى الولاية، فلا ولاية له قياسًا، قال هلال: أخذ فيه بالقياس؛ لأن حال تصديقهم إنما أثبتنا له الولاية لانعدام التنازع، وقد وجد المنازع هنا، فلا ولاية له، لهذا قال: إلا أن يشهد شاهدان بالولاية على الجاحدين، وشهادة الوارثين فى ذلك مقبولة؛ لأنه لا تهمة فى شهادتهما؛ لأنهما لا يجران إلى أنفسهما منفعة، ولا يدفعان عن أنفسهما غرامة.

١٠٩٩٢- وإن كانت الإضافة بحرف عن، فهذا ليس بإقرار بالملك لفلان على نحو ما بينا، وأما إذا كانت الإضافة إلى أجنبى لم يسمه، بأن قال: هذه الأرض صدقة موقوفة من فلان أو عن فلان، صار وقفًا؛ لأنه أقر بما فى يده للفقراء، فيصح، كما لو لم يضفه إلى أحد، فإن سمى بعد ذلك رجلا، لم يصدقه إذا كان مفصولا، وكانت الإضافة بحرف "من"؛ لأنه لو

---

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى عندنا.

صدقه[١] أدى إلى إبطال حق الفقراء بعد ثبوته ؛ لأن ذلك الرجل ينكر الوقف ، ويعتبر إنكاره ؛ لأنه المقر بالوقف ما أقر له بالملك فى هذه الصورة ، والولاية له بعد الإقرار الثانى يريد إذا كانت الإضافة بحرف من ؛ لأن الإقرار الثانى لما لم يعتبر جعل كالمسكوت ، فلا يعتبر به ما كان قبله .

١٠٩٩٣- ولو أقرّ بالوقف ، وسكت عن ذكر الموقوف عليه ، ثم ذكر بعد ذلك [أن] الموقوف عليه فلان وفلان ، فالقياس أن لا يقبل قول الثانى ؛ لأن بالكلام الأول صارت الغلة [حقّا] للفقراء فلا يصدق فى صرفها إلى غيرهم ، وفى الاستحسان : يقبل ؛ لأن العادة جرت بذكر الأوقاف دون الموقوف عليه إلا عند الاستفسار عن الموقوف عليه .

١٠٩٩٤- ولو أقر أنها صدقة موقوفة على وجه سماها ، ثم بين بعد ذلك وجهًا آخر ، لا يقبل قوله الثانى قياسًا واستحسانًا ، ويكون على ما بين أولا ؛ لأن فى الوجه الأول الحاجة إلى البيان ثابتة ، فيقبل قوله فى البيان ، وفى الوجه الثانى لا حاجة إلى البيان ، فلا يقبل ، وهذا أصل كبير فى كتاب الإقرار أن البيان إنما يعتبر عند مساس الحاجة إليه .

١٠٩٩٥- أرض فى يدى رجل ، قال صاحب اليد : هذه الأرض ولايتها[٢] للقاضى فلان ، وهى صدقة موقوفة ، لم يصح إقراره ؛ لأنه لما قال : ولايتها للقاضى فلان ، فقد أقر باليد ، وبحق التصرف لذلك القاضى ، ثم ادعى الانتقال إليه ، فلا يثبت ذلك إلا بحجة ، ولكن إن كان الوقف العتيق يتلوم القاضى فى ذلك زمانًا ، فإن صح أمرها ، وإلا جوز إقراره ، وألزمه قسمة الغلة على نحو ما أقر ، قال هلال : أستحسن ذلك حتى لا يؤدى إلى إبطال الوقف العتيق .

١٠٩٩٦- ولو قال : هذه الأرض ولاها القاضى والدى ، ثم توفى والدى ، وأوصى إلى ، وهى صدقة موقوفة على كذا وكذا ، لا يقبل قوله .

وكذلك لو قال : هذه الأرض كانت فى يدى والدى ، أو قال : كانت فى يد فلان ، فأوصى بها إلى ، فهى صدقة موقوفة ، لا يقبل قوله ، وكذلك لو قال : كانت فى يدى فلان ، وقد أوصى إلى ، وكان فى يد فلان آخر قبل ذلك ، وقد أوصى [بها] فلان إلى فلان الذى أوصى بها إلى ، لا يقبل قوله ، يؤمر بالتسليم إلى وارث فلان الذى أقر بها كانت فى يده ، و أوصى إلى الذى أوصى هذا إلى ؛ لأنه أقر باليد له ، ثم شهد بزوال اليد .

١٠٩٩٧- قال الخصاف فى وقفه : لو أن رجلا قال : أرضى هذه صدقة موقوفة على

---

(١) كذا فى الأصل ، وفى "ظ" : لأنه لو صُدق .

(٢) هكذا فى النسخ التى كلها فى أيدينا ، وكان فى الأصل : وليتها مكان ولايتها .

زيد بن عبد الله وولده، وولد ولده، ونسله، وعقبه أبدًا ما تناسلوا، ومن بعدهم على المساكين، فقال زيد: إن الواقف جعل هذا الوقف على وعلى ولدى وولد ولدى، وعلى عمى، فإنه يصدق على نفسه، ولا يصدق على غيره، فينظر إلى الغلة عند قسمتها، فيقسم على زيد وعلى من كان موجودا من ولده وولد ولده، ونسله، فما أصاب زيدًا منها دخل عمرو معه فى ذلك، فيكون حصة زيد بين زيد وعمرو أبدًا ما كان زيد فى الأحياء، فإذا مات زيد، بطل إقراره، ولم يكن لعمرو حق فى هذه الصدقة.

وكذلك لو كان الواقف وقفها على زيد ومن بعده على المساكين، فأقر لزيد لعمرو على نحو ما بينا، كان لعمرو أن يشارك زيدًا فى غلة الوقف ما دام زيد فى الأحياء، فإذا مات كانت الغلة كلها للمساكين.

وكذلك لو أن زيدًا أقر أن الواقف وقف هذه الأرض كلها على عمرو وحده، فهو على ما أقر، فإذا مات كانت الغلة كلها للمساكين.

وفيه أيضًا: رجل فى يديه أرض، أو دار، ادعاها رجل عند القاضى أنها له، والذى فى يديه يقول: هذه الأرض وقف وقفها رجل حر من المسلمين على المساكين، ودفعها إلى، فإن القاضى يجعل الأرض وقفًا على ما أقر به، ولكن [لايندفع] الخصومة عن صاحب اليد بذلك حتى إن المدعى لو قال للقاضى: حلفه ما هذه الأرض لى، فإن القاضى يحلفه، فإن نكل عن اليمين، أو أقره بها لهذا الرجل، فالقاضى يضمنه قيمة الأرض، ولا يبطل ما قضى به من الوقف.

١٠٩٩٨- فإن كان الذى فى يديه الدار، قال: هذه الدار وقف وقفها رجل حر من المسلمين على فلان، وفلان وعلى أولادهم ونسلهم أبدًا ما تناسلوا، ومن بعدهم على المساكين، وقال: هؤلاء الذين أقر المقر أنها وقف عليهم أن هذه الدار لهذا المدعى، وأنها لم تكن للذى وقفها علينا، قبل قولهم على أنفسهم فى غلة الدار، فيكون غلتها للمدعى إن لم يكن لهم أولاد، أو أولاد الأولاد، فإن مات هؤلاء المسمون، كانت الغلة للمساكين. فلو أن الذى فى يديه الدار بعد ما أقر أنها وقف على فلان، وفلان، وأولادهم، ومن بعدهم على المساكين، أقر أن الدار للمدعى، ثم إن هؤلاء المسمون حضروا، وكذبوا صاحب اليد فى إقراره بالدار للمدعى، وقالوا: هذه الدار وقف علينا، فهم الخصماء للمدعى فيما يدعى، فإن أقام [المدعى] بينة على ملكه الدار، قضى بالدار له، وبطل إقرار الذى كانت الدار فى يده أنها وقف، وإن لم يكن له بينة على ما ادعى كان له أن يستحلف هؤلاء المسمين على دعواه، فإن

أقروا بالدار للمدعى، فنكلوا عن اليمين، كان إقرارهم جائزًا على أنفسهم دون أولادهم وأولاد أولادهم والمساكين، وكذلك لا يجوز إقرارهم على الرقبة.

١٠٩٩٩- في "فتاوى الفضلي" : سئل عمن أقر بوقف صحيح، وأنه أخرجه من يده، ووارثه يعلم أنه لم يكن أخرجه من يده، قال: إقراره على نفسه جائز، والوقف صحيح.

ورجل في يديه دار أقر الذي في يديه الدار أن هذه الدار وقف وقفها رجل من المسلمين في أبواب البر وعلى المساكين، ودفعها إليه، وولاه القيام بها، ثم جاء رجل، وقدم صاحب اليد إلى القاضي، وقال: أنا وقفت هذا الوقف على هذه الوجوه، والسبيل، ودفعته إلى هذا، ووليته القيام بأمرها، وأراد أن يقبضها من يد الذي في يديه، ينظر إن كان الذي في يديه صدقه أنه هو الذي وقفها، فله أن يقبضها منه، وإن كان هذا الرجل الذي جاء قال: أنا مالك هذه الأرض، وما وقفتها، وإنما دفعتها إليه وديعة، وصاحب اليد[1] يقول: إنها كانت له، إلا أنه وقفها على هذه الوجوه التي ذكرتها، فإن القاضي لا يقبل قول صاحب اليد: إن هذه الدار وهذه الأرض لهذا المدعى؛ لأنه لو قبل قوله صار ملكًا لهذا الرجل، فيبطل الوقف فيها.

١١٠٠٠- ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في "واقعاته" : أن من مات، وترك ابنين، وفي يد أحدهما ضيعة يدعى أنه وقف عليه من أبيه، والابن الآخر يقول: هي وقف علينا، كان القول قوله، وهي وقف عليهما، هو المختار؛ لأنهما تصادقا على أنها كانت في يد أبيهما، فلا ينفرد أحدهما باستحقاقها إلا بحجة -والله أعلم-.

(١) وفي "ظ" : صاحب الدار مكان صاحب اليد.

الفصل السادس
فى الولاية فى الوقف

١١٠٠١- ذكر هلال رحمه الله تعالى : إذا وقف الرجل أرضه، ولم يشترط الولاية لنفسه [ولا لغيره، أن الوقف جائز ، والولاية للواقف، وهكذا ذكر الخصاف فى وقفه، قال هلال : وقد قال قوم : إن الواقف لو شرط الولاية لنفسه][1] كانت الولاية له، وإن لم يشترط، [فلا ولاية] له، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى : الأشبه أن يكون هذا قول محمد ؛ لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط صحة الوقف، فإذا سلم لا يبقى له ولاية، وجه هذا القول : إن ولايته كانت بحكم الملك، وبالوقف أزال ملكه فيزول ولايته، وجه ما ذكر هلال : أن الواقف أقرب الناس إلى هذا الوقف، فيكون أولى بولايته، ألا ترى أن المعتق أولى الناس بالمعتق ؛ لأنه أقرب إليه.

١١٠٠٢- فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى" : إذا وقف أرضًا، وسلمها إلى المتولى، ثم أراد أن يأخذ منه، فإن كان شرط فى الوقف أن له العزل والإخراج من يد المتولى، فله ذلك، وإن لم يكن شرط [ذلك] فعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى له ذلك، وعلى قول محمد ليس له ذلك [بناء] على ما قلنا.

١١٠٠٣- وإذا كان الوقف على الفقراء، وشرط الواقف الولاية لنفسه، وكان هو متهما غير مأمون على الوقف، فللقاضى أن ينزعها من يده ؛ لأن القاضى نصب ناظرًا لكل من عجز عن النظر لنفسه بنفسه، وبالوقف زال ملكه، وثبت الحق فيه للفقراء، فإذا كان متهما كان للقاضى أن يخرجه نظرًا للفقراء، كما له أن يخرج الموصى نظرًا للضعفاء.

وكذلك لو ترك العمارة وفى يده من غلته ما يمكنه أن يعمره، فالقاضى يجبره على العمارة، فإن فعل، وإلا أخرجه من يده.

١١٠٠٤- ولو شرط الواقف ولايتها لنفسه، وأن ليس للسلطان، ولا للقاضى أن يخرجها من يده، ويوليها غيره، فهذا الشرط باطل ؛ لأنه مخالف لحكم الشرع ؛ لأن الشرع أطلق للقاضى إخراج من كان متهمًا دفعًا للضرر عن الفقراء.

١١٠٠٥- ولو جعل الواقف ولاية الوقف لرجل كانت الولاية له، كما شرط الواقف،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ولو أراد الواقف إخراجه كان له ذلك، ولو شرط الواقف أن ليس له إخراج القيم، فهذا الشرط باطل ؛ لأنه مخالف لحكم الشرع ؛ لأن القوامة وكالة، والوكالة ليست بلازمة.

ولو جعل إليه الولاية فى حال حياته وبعد وفاته، كان جائزاً، وكان وكيلا فى حالة الحياة، وصيا بعد الموت.

١١٠٠٦- ولو قال: وليتك هذا الوقف، فإنما له الولاية حال حياته، لا بعد وفاته، ولو قال: وكلتك بصدقتى هذه فى حياتى، وبعد وفاتى، فهو جائز، وهو وكيله فى حياته ووصيه بعد وفاته.

١١٠٠٧- ولو لم يشترط الواقف الولاية لأحد حتى حضره الموت، فقال لزيد: أنت وصيى، ولم يزد على هذا، فهو وصيه فى ماله وولده، وفيما كان فى يده من الوقف ؛ لأنه أطلق الوصايا، ولم يخص.

١١٠٠٨- ولو أوصى [إليه فى الوقف] قال محمد: هو وصى فى الوقف خاصة على قولنا وقول أبى يوسف، وعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: هو وصى فى الأشياء كلها، هكذا ذكر هلال، والمشهور أن على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهم الله تعالى هو وصى فى الأشياء كلها، وعلى قول محمد هو وصى فيما خص له، وما ذكر هلال فذاك جواب النوادر، وهو مذكور فى "مختصر الكرخى"، فأما فى ظاهر الرواية فقول أبى يوسف كقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

١١٠٠٩- وجه قول محمد: إن الوصى يتصرف بحكم التفويض فإنما يتصرف بقدر ما فوض إليه، ولأبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى: أن تصرف الوصى ليس بحكم التفويض [ألا ترى أنه لو أوصى إليه، ولم يبين مقصوده صح، ولو كان تصرفه بحكم التفويض][1] لشرط بيان مقصوده، كما فى التوكيل، ولكن الموصى به خلافه، وإقامة الموصى مقام الوصى، والخلف يعمل على العموم كالجد لما كان خلفًا عن الأب قائمًا مقامه عمل عمله على العموم.

١١٠١٠- وعلى هذا لو أوصى إلى رجل فى الوقف، وأوصى إلى آخر فى ولده، أو أوصى إلى رجل فى وقف نفسه، و أوصى إلى آخر فى وقف آخر بعينه، كانا وصيين فيهما جميعًا، وسيأتى جنس هذه المسائل فى كتاب الوصايا.

١١٠١١- ولو وقف أرضه وجعل ولايتها إلى رجل حال حياته، وبعد وفاته، فلما

---

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا جميعًا.

حضر الموت أوصى إلى رجل، ذكر هلال عن محمد رحمه الله تعالى أن الوصى يشارك القيم فى أمر الوقف، كأنه جعل ولاية الوقف إليهما، فالأصل عند محمد رحمه الله تعالى، وهو قول هلال، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف: أن الخاص لايشارك العام فيما وراء ما خص به، والعام يشارك الخاص فيما يخصه، وهو مقدر فيما وراءه، وعند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وأظهر الروايات عن أبى يوسف رحمه الله تعالى[1] الوصاية لا تقبل التخصيص، فالعام والخاص [فيه] سواء.

١١٠١٢- ولو جعل ولاية الوقف بعد وفاته إلى رجلين، فقبل أحدهما ذلك، ولم يقبل الآخر، فينبغى للقاضى أن يجعل مع الذى قبل رجلا يقوم مقام الذى لم يقبل، فإن كان الذى قبل موضعًا لذلك عند القاضى، وفوض[2] ذلك القاضى إليه، فهو جائز.

ولو قال الواقف: ولاية هذا الوقف إلى الأفضل فالأفضل من ولدى، وأبى الأفضل القبول، فالقياس أن يقيم القاضى غير الأفضل مقام الأفضل ما دام الأفضل حيًّا، فإذا مات الأفضل صرف الولاية إلى من يليه فى الفضل، وفى الاستحسان: الولاية لمن يليه فى الفضل؛ لأن إباء الأفضل بمنزلة موته. ولو ولى القاضى أفضلهم، ثم صار فى ولده من هو أفضل منه، فالولاية إليه اعتبارًا لشرط الواقف. والأفضل هو الأورع والأصلح والأهدى فى أمور الوقف، وإذا استوى الاثنان فى الصلاح، فالأعلم بأمر الوقف أولى، ولو كان أحدهما أكثر ورعًا وصلاحًا، والآخر أعلم بأمر الوقف، فالأعلم أولى بعد أن يكون بحال يؤمن خيانته.

١١٠١٣- ولو جعل الولاية إلى عبد الله حتى يقدم زيد، فهو كما قال، فإذا قدم زيد، فكلاهما واليان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنه لم يحجر على عبد الله بعد قدوم زيد، وعلى قول هلال تحولت الولاية إلى زيد، ولا يبقى عبد الله واليًا.

١١٠١٤- وإذا جعل الولاية لرجل، ومات ذلك الرجل حال حياة الواقف، فالأمر فى نصيب القيم إلى الواقف، يقيم من أحب؛ لأن العين فى الصدقة الموقوفة، وإن زال عن ملكه حقيقة، فهو باقٍ على ملكه حكمًا، ألا ترى أنه جعل متصدقًا شرعًا بكل ما يحدث من الغلة كأنها حدثت على ملكه، وتصدق به، ولهذا سمى الشرع الصدقة الموقوفة جارية إلى يوم القيامة، وإنما تكون جارية على ملكه وجعل هو متصدقًا بها صدقة جديدة، فدل أنها مبقاة على ملكه حكمًا، فيعتبر بما لو كانت مبقاة على ملكه حقيقة، وهناك التدبير فى التصرف وفى

---

(١) وفى "ف": عن أبى حنيفة.

(٢) وفى "ف" و "م": ووضع مكان وفوض.

نصب المتصرّف إليه، لا إلى القاضي، كذا ههنا، هكذا ذكر المسألة في وقف الأصل، وفي "السير الكبير"، وقال محمد رحمه الله تعالى: القاضي أولى بنصب قيم آخر.

١١٠١٥- وإن مات القيم بعد ما مات الواقف، فإن كان القيم قد أوصى إلى غيره، فوصيه بمنزلته، وإن كان لم يوص إلى غيره، فولاية نصب القيم للقاضي، ولايجعل القيم من الأجانب ما دام يوجد من ولد الواقف وأهل بيته من يصلح لذلك [لأنه أشفق على الواقف من الأجنبي، وإن لم يوجد من ولد الواقف وأهل بيته من يصلح لذلك][1] جعل القيم من الأجانب، ثم إذا جعل القيم من الأجانب في هذه الصورة، ثم صار فيهم من يصلح لذلك صرفه إليه، كذا ذكر شمس الأيمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب الوقف.

وبعض مشايخنا ذكروا في شروحهم: أنه لا يصرف إليه إلا إذا كان الواقف شرط ذلك في الوقف.

١١٠١٦- المتولي إذا أراد أن يفوض إلى غيره عند الموت بالوصية، يجوز؛ لأنه بمنزلة الوصي عند الموت، وللوصي أن يوصي إلى غيره.

وإذا أراد أن يقيم غيره مقام نفسه في حياته وصحته، لا يجوز، إلا إذا كان التفويض إليه على سبيل العموم -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل السابع
فى تصرف القيم فى الأوقاف

وهو أنواع:

نوع منه يرجع إلى عمارة الوقف:

١١٠١٧- رجل وقف أرضًا له على المساكين وقفًا صحيحًا، ولم يذكر عمارتها، فإن عمارتها فى غلة هذه الأرض، يبدأ القيم أولا من الغلة بعمارتها، وما يصلحها، وما فضل من ذلك يقسم على الفقراء، وهذا لأن العمارة وإن لم تكن مشروطة فى الوقف نصّا، فهى مشروطة اقتضاء؛ لأن مقصود الواقف إدرار الغلة مؤبدًا على المساكين، وهذا المقصود إنما يحصل بإصلاحها وعمارتها، فهو معنى قولنا: إن العمارة مشروطة اقتضاء، والثابت اقتضاء ثابت بطريق الضرورة، والضرورة تندفع شرط العمارة من غلة هذه الأرض، فلهذا كانت العمارة من غلة هذه الأرض.

فإن كان فى أرض الوقف نخلة، فخاف القيم هلاكها، كان له أن يشترى من غلتها فضلا فيغرسه؛ لأن النخل يفسد على امتداد الزمان، فيهلك فينقطع ثمرها، فكان إبقاءها بالغرس مكانها حتى تبقى خلفًا عن سلف، وهو نظير الدار الموقوفة يرم ما استرم منه بإدخال خشبة ولبن ونحوها، حتى لا يخرب. فإن كانت قطعة من هذه الأرض سبخة، لا تنبت شيئًا، فيحتاج إلى كسح وجهها، وإصلاحها حتى تنبت، كان للقيم أن يبدأ من غلة جملة الأرض بمؤنة إصلاح تلك القطعة؛ لأنها إذا صلحت كثرت الغلة، فكان أنفع للفقراء.

١١٠١٨- وإذا أراد القيم أن يبنى فيها قرية ليكثر أهلها، وحفاظها، ويحرز فيها الغلة لحاجته إلى ذلك، كان له أن يفعل ذلك؛ لأن هذا من جملة مصالح الوقف، وكان هذا كالخان الموقوف على الفقراء إذا احتيج فيه إلى خادم يكسح الخان، ويفتح الباب، ويسده، فيسلم [المتولى] إلى رجل بعض البيوت بطريق الأجرة له ليقوم بذلك، فهو جائز، وطريقه ما قلنا، كذا ههنا.

١١٠١٩- وإن أراد أن يبنى فيها بيوتا يغلها بالإجارة، فهذه المسألة فى الحاصل على وجهين: إن كانت أرض الوقف متصلة ببيوت المصر، يرغب فى استئجار بيوتها، وتكون غلة ذلك فوق غلة الأرض والنخل، كان له ذلك، فإن كان أرض الوقف بعيدًا عن المصر، ولا يرغب فى استئجار بيوتها بأجرة تزيد منفعتها على منفعة الزراعة، فليس له ذلك، والوجه فى

ذلك أن الوقف ما عين جهة الاستغلال نصّا، لكن عيّن الاستغلال بالزراعة بحكم الظاهر، فإن المقصود من الأرض البيضاء ظاهر الاستغلال بالزراعة، فيجب العمل بهذا الظاهر ما لم يوجد جهة أخرى هى أنفع فى حق الفقراء؛ لأنا نعلم قطعًا أن غرض الواقف من الوقف إنفاع الفقراء، ففى الوجه الأول وجدنا جهة أخرى هى أنفع فى حق الفقراء من الزراعة، فتركنا هذا الظاهر تحصيلا لغرض الواقف بأبلغ الوجوه، وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى ما هو أبعد من هذا فإنه قال: إذا ضعفت الأرض الموقوفة عن الاستغلال، والقيّم يجد بثمنها أرضًا أخرى هى أكثر ريعًا، كان له أن يبيع هذه الأرض ويشترى بثمنها ما هو أكثر ريعًا.

فأما فى الوجه الثانى لم نجد جهة أخرى هى أنفع فى حق الفقراء من الزراعة، فعملنا بالظاهر، فلم يكن القيم فى هذه الصورة مأذونًا بالبناء والاستغلال بالإجارة، فلا يكون له أن يفعل ذلك.

١١٠٢٠- وإذا قال: دارى هذه صدقة موقوفة على الفقراء على أن سكناها لفلان ما عاش، فإذا مات فلان فسكناها لفلان آخر ما عاش، فإذا مات فلان فعلى الفقراء، فهذا وقف صحيح، وإذا صح الوقف، واحتيج إلى العمارة، فالعمارة إلى من يستحق الغلة، كما فى الباب الأول، إلا أن فى الباب الأول المستحق للغلة الفقراء، وهم قوم كثير لا يمكن مطالبتهم بالعمارة، فقلنا: بأن القيم يبدأ من الغلة بالعمارة، وههنا المستحق للغلة شخص معين يمكن مطالبته بالعمارة، وهو الأول ما عاش، وبعده الثانى ما عاش الثانى، فلا يحبس شىء من الغلة لأجل العمارة، بل تصرف كل الغلة إلى الأول، ويطالب بالعمارة، وله أن يعمرها من أى مال شاء، وإنما يستحق العمارة بقدر ما يبقى [الوقف] على الصفة التى وقفه المالك، ولا يطالب بالزيادة إلا أن يرضى فلان بالزيادة، فحينئذٍ يكون متبرعًا بالزيادة، وله ذلك.

١١٠٢١- ولو كانت الغلة مصروفة إلى الفقراء، وكان فى زيادة العمارة زيادة فى الغلة، ورأى القيّم أن يزيد فى [الغلة][1] ليزيد الغلة، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: له ذلك، وقاسه بمسألة مرت قبل هذا أن أراضى الوقف على الفقراء إذا كانت متصلة ببيوت المصر، فأراد القيم أن يبنى فيها بيوتًا، فيستغلها [بأجر] فله ذلك، وفيه صرف الغلة إلى زيادة العمارة من غير ضرورة.

ومنهم من قال: ليس له ذلك؛ لأن صرف الغلة إلى العمارة يثبت ضرورة إبقاء الوقف، ولا ضرورة فى الزيادة، فوجب صرف الغلة إلى مصرفها، وهو الفقراء، وهذا لأن المستحق

---

(١) هكذا فى "ف" و "ظ"، وكان فى "م": فى العمارة.

على القيم العمارة بقدر ما يبقى الأرض الموقوفة أو الدار على الصفة التى وقفها [المالك] ولا ينتقض؛ لأنه بصفتها صارت غلتها مستحقة الصرف إلى الفقراء، فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة غلته، والغلة مستحقة للفقراء، فلا يجوز صرف غلة مستحقة إلى جهة غير مستحقة.

والدليل عليه أن المتولى لو أراد أن يشترى بالغلة دارًا أخرى، أو أرضًا أخرى ليضمها إلى الأول، فيستغلها للفقراء، ليس له ذلك. فأما بناء البيوت للغلة فى أرض الوقف، فليس ذلك من باب الزيادة، إنما ذلك تبديل جهة الاستغلال إلى جهة خير من الأولى، فالمستغل واحد، والجهتان فيها مختلفان، فكان ذلك بمنزلة أصل العمارة، لا بمنزلة الزيادة، ولكن الإشكال قائم، فإنهم لا ضرورة فى صرف الغلة إلى تبديل جهة الاستغلال كما لا ضرورة فى الزيادة ههنا.

١١٠٢٢- قال: فإن احتاج الوقف إلى العمارة فى مسألتنا، وفلان الذى شرط له الغلة ما عاش، أما الأول أو الثانى أبى العمارة، فلا يجبر[1] على العمارة؛ لأن فى العمارة إتلاف ماله، ولكن يؤاجر هذا الوقف من غيره بقدر ما ينفق من غلتها فى العمارة، فإذا حصلت العمارة، فحصلت العمارة فى الغلة كما فى باب الفقراء. وهذا الذى ذكرنا أن يؤاجر الدار للعمارة استحسانًا صيانةً للوقف عن الخراب، والقياس أن لا يؤاجر، ويترك كذلك؛ لأن الواقف ماشرط الإجارة. فإن كان المشروط له هذه الغلة جماعة، رضى بعضهم بأن يرمه من ماله، وأبى البعض، قال: من أراد العمارة عمر بحصته، ومن أبى أوجر حصته، وصرفت غلته إلى العمارة إلى أن تحصل العمارة، ثم يعاد إليه، ويعتبر لكل بعض حكم نفسه.

١١٠٢٣- فإن كان الواقف حين شرط الغلة لفلان ما عاش شرط على فلان مرمتها وإصلاحها فيها لا بد لها منه، فالوقف جائز مع هذا الشرط؛ لأن هذا الشرط يقتضيه مطلق العقد، وإنما أورد المسألة بهذا الشرط لنوع إشكال أنه لما شرط له السكنى، وشرط عليه المرمة، كان بمنزلة الإجارة، والأجرة مجهولة، فينبغى أن يفسد. والجواب أن مع اشتراط المرمة عليه لا تصير مستحقة عليه [بالشرط] فصار وجود هذا الشرط والعدم بمنزلة، فإذا خربت الدار الموقوفة، ورمّها الذى شرط له السكنى من ماله، ثم مات، فالبناء ميراث لورثته؛ لأنه ملكه، ويقال لورثته: ارفعوا بناءكم، فإن رفعوه، وإلا يجبروا، وإن ملكوه الموقوف عليه بعد ذلك بالقيمة جاز بتراضيهم؛ لأنه تمليك مال بمال بالتراضى، وإن أبى أحد الفريقين ذلك، لا يجبر

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى "ظ" و"ف": فإنه لا يجبر.

عليه؛ لأن الإنسان لا يجبر على البيع والشراء.

ونظيره: من غصب ساحة، وبنى عليها، ثم مات، وهناك الجواب كما قلنا، فكذا فى الوقف.

فإن كان المشروط له السكنى، أو حيطان الدار[1] الموقوفة وجصصها أو أدخل فيها أجذاعًا، ثم مات، ولا يمكن نزع شيء من ذلك إلا بضرر بالبناء، فليس للورثة أخذ شيء من ذلك صيانة لبناء الدار الموقوفة، ولكن يقال للمشروط له السكنى بعده: أضمن لورثة الميت قيمة البناء ولك السكنى، فإن أبى أوجرت الدار، وصرفت الغلة إلى ورثة الميت بقدر قيمة البناء، فإذا توفر عليه ذلك أعيدت السكنى [إلى من] له السكنى.

واستشهد فى الكتاب لإيضاح ما ذكرنا بمسألة، فقال: ألا ترى أن من عمّر دار رجل بغير إذنه، ولا يخلص مرمتها إلا بضرر بالدار، فإنه ليس للذى عمّر الدار أن يأخذ مرمتها، ويقال لصاحب الدار: اضمن له قيمة مرمته، كذا ههنا، إلا أن فرق ما بين المسألتين أن فى مسألتنا من له سكنى الدار إذا رضى أن يأخذ ورثة الميت إياهم، لا يصح رضاهم، وفى تلك المسألة إذا رضى صاحب الدار أن يأخذ الثانى عمارته، صح رضاه، وقيل للآخر: خذ مرمتك، والفرق بينهما أن صاحب الدار مالك رقبة الدار، فإذا رضى بلحوق الضرر بملكه عمل رضاه، وفى باب الوقف الموقوف عليهم الفقراء، وإنما صار السكنى لهؤلاء باستثناء السكنى لهم من سكنى الفقراء، فيكون الضرر برفع البناء عائدًا إلى الفقراء، فلا يصح رضاه.

١١٠٢٤- وإن كان ما رم الأول مثل تجصيص أو تطيين سطوح أو ما أشبهه، ثم مات الأول، فليس لورثته أن يرجع بشيء من ذلك على الثانى؛ لأنها مستهلكة لها، ألا ترى أن رجلا لو اشترى دارًا وجصّصها، أو طين سطوحها، ثم استحقت الدار، لايكون للمشترى أن يرجع على البائع بقيمة الجص أو الطين، وإنما يكون له الرجوع على البائع بقيمة ما يمكنه أن يهدمه، ويسلمه إليه.

١١٠٢٥- ومن هذا الجنس ذكر فى فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى: حانوت موقوف على الفقراء، وله قيم، بنى رجل فى هذا الحانوت بناء بغير إذن القيم، ليس له أن يرجع بذلك على القيم. فبعد ذلك ينظر إن كان أمكنه رفع ما بنى من غير أن يضر بالبناء القديم، وله رفعه [وإن لم يمكنه رفع ما بنى من غير أن يضر بالبناء القديم، فليس له رفعه][2]، ولكن يتربص إلى

(١) وفى "ظ": أو مرمة حيطان الدار.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أن يتخلص ماله من تحت البناء، ثم يأخذها إن لم يرض هو بتمليك القيم البناء للوقف بالقيمة، وإن اصطلح مع الوصى على أن يجعل البناء للوقف ببدل يجوز، لكن ينظر إلى قيمته مبنيّا، وإلى قيمته منزوعًا، فأيهما كان أقل لا يجاوز ذلك.

١١٠٢٦- قال: المشروط له السكنى لا يؤاجرها، كالموصى له بالسكنى؛ لأنه ملك المنفعة بغير بدل، وأما المشروط له الغلة، والموصى له بالغلة هل له أن يسكن؟ كان أبو بكر بن سعيد يقول: لا يسكن، وهكذا ذكر الخصاف فى وقفه؛ لأن فيه ضرراً بالميت، فربما يظهر على الميت دين، فتصرف هذه الغلة إلى قضاءه، وبالسكنى يبطل ذلك، وكان أبو بكر الإسكاف رحمه الله تعالى يقول: له أن يسكن.

١١٠٢٧- قال: وما يسقط من البناء، فللقيم أن يبيعه؛ لأن الوقفية زالت عما بان، وصار منقولا، وهذا إذا لم يمكن إعادته إلى موضعه، وأما إذا أمكن أعيد إلى موضعه؛ لأنه من رقبة الوقف، فيعاد إليه ما أمكن، وإذا لم يمكن إعادته بيع، وصرف الثمن إلى مرمة الوقف؛ لأن الثمن بدل ما يسقط، وكذلك ما تناثر من البناء من تراب، فللقيم بيعه، وصرف ثمنه إلى المرمة، ولا يصرف شيء من صرف ما سقط إلى الفقراء؛ لأنه بدل النقض، والنقض من جملة مرمة الوقف، ولا حق للفقراء فى مرمته، وإنما الحق لهم فى غلته، ولا يصرف شيء من ذلك إلى الفقراء، وإنما يصرف إلى المرمة، وما فضّل من ذلك عن المرمة يمسكه القيم إلى وقت الحاجة إلى المرمة.

وإن كان المشروط له السكنى مثل الفقراء، إنما شرطت له غلة سنة، فليس عليه شيء من العمارة؛ لأن العمارة لا تفيد إلا فى السنين المستقبلة، فمنفعتها لاتصل إلى صاحب السنة، وكذلك إذا شرط له غلة سنين، فلا شيء عليه من العمارة، وأما المشروط له الغلة فى ثلاث سنين يؤخذ بالعمارة؛ لأن منفعة العمارة تعود إليه.

قال: ويجوز أن يقال فى المشروط [له] غلة سنين إذا حدث ضرر بيّن فى الوقف، يؤمر بعمارة قليلة مقدار ما يبقى الدار الموقوف إلى السنة الثانية، نحو تطيين الحائط الذى أخذت فى الخراب قدر ما يمنع السقوط فى السنة الثانية، ونحو سد شقاق السطوح والحيطان قدر مايمنع الخراب فى السنة الثانية.

١١٠٢٨- وإذا خرب أرض الوقف، وأراد القيّم أن يبيع بعضًا منها ليرم الباقى بثمن ما باع، ليس له ذلك؛ لأنا لو أطلقنا ذلك له أدى إلى أن يبطل الوقف كله، فإنه كما خرب شيء منه باع بعض الباقى، وعمّر الباقى، فيؤدى إلى أن لا يبقى الوقف، وليس بيع بعض الوقف

كبيع بعضه، وكبيع نخلة فى أرض الوقف قد سقطت؛ لأن الترمة أصل فى الوقف، ولا يجوز إبطال أحد الأصلين لأجل الأصل الآخر، فأما البناء والنخل فتبع بسبب الاتصال، فإذا سقط سقوطًا لا يمكن إعادته إليه، صار منقولا، وزالت الوقفية عن عينه، فأحلنا الوقفية إلى بدله، فإن باع القيم شيئًا من البناء، لم ينهدم ليهدم، أو نخلة حية ليقطع، فالبيع باطل؛ لأنه ما دام متصلا بالأصل فالوقفية ثابتة به بحكم الاتصال.

١١٠٢٩- فإن هدم المشترى البناء، أو صرم النخل، ينبغى أن يخرج القيم عن هذا الوقف؛ لأنه صار خائنًا، ولا ينبغى للقاضى أن يأتمن الخائن، بل سبيله أن يعزله، ثم القاضى إن شاء ضمن قيمة ذلك البائع، وإن شاء ضمن المشترى؛ لأن كل واحد منهما متعدى فى استهلاك ما استهلكه، فيضمن كل واحد منهما، فإن ضمن البائع، نفذ بيعه، وإن ضمن المشترى بطل بيعه، وهذا عرف فى كتاب الغصب.

نوع منه
يرجع إلى العقود:

١١٠٣٠- وإذا وقف داره على الفقراء، فالقيم يؤاجرها؛ لأنها استغلال الوقف، ولابد للوقف منه، ويبدأ من غلتها بعمارتها، لما مر، فما فضل يصرف إلى الفقراء،، وليس للقيم أن يسكن فيها أحدًا بغير أجر؛ لأنه إتلاف منافع الوقف بغير عوض، وإن مات القيم بعد ما آجر لا يبطل الإجارة.

١١٠٣١- وإن كان الواقف هو الذى [آجر ثم][1] مات، ففيه قياس واستحسان، القياس أن يبطل الإجارة، وبه أخذ أبو بكر الإسكاف؛ لأن الواقف بمنزلة المالك، ليس لأحد حجره ومنعه، والمالك لو آجره، ومات انتقضت الإجارة، وفى الاستحسان لا تنتقض الإجارة؛ لأنه آجره لغيره، وهو الفقراء، فصار كالوكيل، والقيم إذا آجر ثم مات، وهذا لأن الإجارة إنما تنتقض بموت المالك؛ لأن الملك بالموت ينتقل إلى الوارث، فلو لم يبطل حصل استيفاء المنافع على ملك غير الآجر، فإنه لا يجوز، وهذا المعنى معدوم ههنا بهذا الطريق، فلم تنتقض الإجارة بموت الوكيل، ولا تنتقل بموت الموكل، وبهذا الطريق قلنا: الوصى إذا آجر دار اليتيم، ومات الوصى، لا تنتقض الإجارة، ولو مات الصبى تنتقض. ولم يذكر القياس والاستحسان فى مسألة الوكيل، ولا فى مسألة الصبى، وذكر القياس والاستحسان فى الوكيل

---

(١) أثبتت من "ظ".

بالاستئجار إذا مات ؛ لأن الوكيل بالاستئجار حاله كحال الوكيل بشراء العين ؛ لأن المنافع لها حكم الأعيان ، فيصير الموكل كأنه يملك من جهة الوكيل ، فيكون للوكيل حكم المالك ، فأما الوكيل بالإجارة فليس له حكم المالك ؛ لأن المنافع إنما تتولد من دار هى للموكل ، فكان عمل الوكيل فى العقد لاغير ، وقد فرغ منه .

١١٠٣٢- فى "واقعات الناطفى" : القاضى إذا آجر الدار الموقوفة ، ثم عزل قبل انقضاء المدة ، لا تبطل الإجارة ؛ لأنه بمنزلة الوكيل عن الفقراء .

١١٠٣٣- وفيه أيضًا : دار موقوفة على قوم ، آجرها الوصى مدة معلومة ، ثم مات بعض الموقوف عليهم قبل تمام المدة ، لا تبطل الإجارة ، فالإجارة لا تبطل بموت الموقوف عليه ؛ لأنه ليس بمالك الرقبة ، إنما حقهم فى الغلة ، ثم ما وجب من الغلة إلى أن مات هذا الميت ، يصرف إلى ورثته ، وما وجب بعد موته فهو لمن بقى ، وكذا لو مات بعضهم بعد موت الأول بمدة[1] ، فهو على هذا القياس ، وسيأتى تمام ذلك بعد هذا -إن شاء الله تعالى- .

١١٠٣٤- ولا تجوز الإجارة [الطويلة][2] على الوقف ، ولو احتيج إليها ، فالوجه فى ذلك أن يعقدوا فى ذلك عقودًا متفرقة مترادفة ، كل عقد على سنة ، فيكتب فى الصك : استأجر فلان من فلان كذا سنين عقدًا[3] كل عقد على سنة ، فيكون العقد الأول لازمًا ؛ لأنه بأجر ، ويكون العقد الثانى غير لازم ؛ لأنه مضاف .

١١٠٣٥- وإن آجر المتولى دارًا موقوفة ، أو أرضًا موقوفة أكثر من سنة ، فإن كان الواقف شرط [أن لا يؤاجر][4] أكثر من سنة ، والناس لا يرغبون فى استئجارها سنة ، وكانت إجارتها أكثر من سنة أدرّ على الوقف وأنفع لا يجوز إجارته أكثر من سنة ؛ لأن شروط الواقف مراعى ، فإن كان قد شرط أن لا يؤاجر أكثر من سنة إلا إذا كان أنفع للفقراء ، فحينئذٍ تجوز إجارته أكثر من سنة إذا رأى ذلك خيرًا للفقراء .

وإن لم يشترط فى الوقف أن لا يؤاجر أكثر من سنة ، روى عن الفقيه أبى جعفر رحمه الله تعالى أنه كان يقول فى الدور : لا يؤاجر أكثر من سنة ، وهذا لأن المدة إذا طالت أدت إبطال

(١) وفى "ف" : بعد موت الأول ، ثم فهو على هذا القياس . . . إلخ .

(٢) أثبتت من "ظ" .

(٣) وفى "ظ" : عقودًا مكان عقدًا .

(٤) أثبتت من "ظ" .

الوقف عسى لأنه متى تصرف فيه تصرف الملاك على طول الزمان [فكل من لقيه] يظن أنه متصرف في ملكه، فمتى أنكر المستأجر الوقف، وادعى الملك فهؤلاء الذين لقوه يتصرف فيه يشهدون له بالملك.

١١٠٣٦- وأما في الأرض فإن كانت الأرض تزرع في كل سنة مرة، فكذلك، وإن كانت تزرع في كل سنتين مرة أو في كل سنين مرة، فيزرع في كل سنة طائفة منها، فينبغي أن يشترط في المدة ذلك القدر الذي يتمكن به المستأجر من زراعة الكل على العادة؛ لأنه لو آجرها سنة والحالة هذه، فالمستأجر يزرع كل الأرض، فيؤدي إلى تخريب الأرض.

وكان الشيخ الإمام الزاهد أبو جعفر البخاري رحمه الله تعالى يجيز في الضياع ثلاث سنين؛ لأن مصلحة الوقف في ذلك؛ لأن المستأجر لا يرغب في أقل من ذلك، وكان لا يجيز في غير الضياع أكثر من سنة واحدة، وكان الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى يجيز ذلك في ثلاث سنين في الضياع والدار وغيرهما.

قال الصدر الشهيد في "واقعاته": المختار أن يفتى في الضياع بالجواز في ثلاث سنين إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز، وفي غير الضياع يفتى بعدم الجواز فيما زاد على السنة، إلا إذا كانت المصلحة في الجواز، وهذا أمر يختلف باختلاف المواضع، واختلاف الزمان، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يقول: لا ينبغي للمتولي أن يؤاجر أكثر من ثلاث سنين، ولو فعل جازت الإجارة، وصحت، وعلى هذا القول لا يحتاج إلى الحيلة التي ذكرناها في الإجارة الطويلة.

١١٠٣٧- رجل له دار فيها موضع مقدار بيت، هو وقف لا يصل إلى الموقوف عليه شيء من غلته، فأراد صاحب الدار أن يستأجر مدة طويلة، فإن كان لهذا الموضع مسلك إلى الطريق الأعظم لا يجوز؛ لأنه لو جاز يندرس الوقف، وإن لم يكن لهذا الموضع مسلك إلى الطريق الأعظم يجوز.

١١٠٣٨- إذا استأجر أرض وقف ثلاث سنين بأجرة معلومة هي أجر المثل حتى جازت الإجارة، فرخصت أجرتها، لا تنفسخ الإجارة، وإن ازداد أجر مثلها بعد مضي [بعض] المدة، على رواية "فتاوى سمرقند" لا ينفسخ العقد، وعلى رواية "شرح الطحاوي" ينفسخ، ويجدد العقد، وإلى وقت الفسخ يجب المسمى لما مضى. وإذا كانت الأرض بحال لا يمكن فسخ الإجارة فيها، بأن كان فيها زرع لم يستحصد بعد، فإلى وقت زيادته يجب المسمى بقدره، وبعد الزيادة إلى تمام السنة يجب أجر مثلها، وزيادة الأجر تعتبر إذا ازدادت عند الكل، هذه

الجملة فى مزارعة "شرح الطحاوى" .

١١٠٣٩- حانوت أصله وقف، وعمارته لآخر، أبى صاحب الوقف أن يستأجره بأجر مثله، فهذا على وجهين: إما إن كانت العمارة لو رفعت يستأجر بأكثر مما يستأجر هو، وفى هذا الوجه كلف صاحب البناء رفع العمارة، ويؤاجر الأصل من غيره؛ لأن النقصان عن أجر المثل من غير ضرورة لا يجوز، وأما إن كانت العمارة إذا رفعت لا يستأجر بأكثر مما يستأجر هو، وفى هذا الوجه لا يكلف رفع العمارة، ويترك فى يده بذلك الأجر؛ لأن فيه ضرورة فى "فتاوى أبى الليث" .

١١٠٤٠- فى وقف الخصاف: الواقف إذا آجر الوقف إجارة طويلة، إن كان يخاف على رقبتها التلف بسبب هذه الإجارة، فللحاكم أن يبطلها، وكذلك إن آجرها من رجل يخاف على رقبتها من المستأجر ينبغى للحاكم أن يبطل الإجارة.

١١٠٤١- فى "فتاوى أهل سمرقند": خان أو رباط سبيل أراد أن يخرب، يؤاجر ويصرف[1] غلته، فإذا صار معموراً لا يؤاجر بعد ذلك؛ لأنه لو لم يوجد يندرس.

وفيه أيضًا: قيم على عمارة وقف استأجر أجيراً بدرهم ودانق وآجر مثله درهم، فاستعمله فى عمارة الوقف، ونقد الأجرة من مال الوقف، يضمن جميع ما نقد؛ لأن الإجارة وقعت له.

١١٠٤٢- متولى الوقف إذا أسكنه رجلا بغير أجر، ذكر هلال أنه لا شيء على الساكن، وعامة المتأخرين من المشايخ أن عليه أجر المثل، سواء كانت الدار معدة للاستغلال، أو لم تكن، صيانةً للوقف عن أيدى الظلمة، وحفظًا للأطماع الفاسدة، وعليه الفتوى.

وكذلك قالوا فيمن سكن داراً لوقف بغير أمر القيم، وبغير أمر الواقف، كان عليه أجر المثل بالغًا ما بلغ.

وكذلك قالوا فى أهل الجماعة: إذا رهنوا الوقف حتى لم يصح لو سكنه المرتهن يجب أجر المثل، سواء كانت الدار معدة للاستغلال أو لم تكن.

وكذلك قالوا فى متولى مسجد باع منزلا موقوفًا على المسجد، فسكت المشترى، ثم عزل القاضى هذا المتولى، وولى غيره، فادعى هذا الثانى [على المشترى المنزل أن البيع باطل، وأبطل القاضى البيع، وسلم المنزل إلى المتولى الثانى][2]، فعلى المشترى أجر مثل هذا المنزل،

---

(١) وفى "ف" و"ظ" و"م": ينفق بدلا من يصرف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

سواء كانت الدار معدة للاستغلال، أو لم تكن.

١١٠٤٣- وإذا أجر القيم الدار بأقل من أجر المثل قدر ما لا يتغابن الناس فيه، حتى لم تجز الإجارة لو سكنه المستأجر، كان عليه [أجر المثل][1] بالغًا ما بلغ على ما اختاره المتأخرون من المشايخ، وكذلك إذا آجره إجارة فاسدة.

١١٠٤٤- إذا آجر القيم دار الوقف من نفسه لا يجوز، كذا ذكر هلال في وقفه، وكذا إذا أجر من عبده، أو مكاتبه لا يجوز، كما لو [كان] آجره من نفسه قيل: إنما لم تجز إجارة القيم من نفسه على قياس الوكيل إذا آجر من نفسه؛ لأن كل واحد منهما يتفرق[2] بتفويض من جهة غيره، وقيل: ينبغي أن يكون هذا على قياس الوصي إذا باع مال الصبي من نفسه، إن كان فيه منفعة للوقف يجوز عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

١١٠٤٥- ولو آجر من ابنه أو أبيه، فهو على الاختلاف في الوكيل، عند أبي حنيفة لايجوز، وعندهما يجوز، ومن مشايخنا من قال: هنا يجوز، وقياسه على المضارب، إذا آجر من هؤلاء، فإنه يجوز بلا خلاف، وكذلك الوصي؛ لأنهما عامًا التصرف، بخلاف الوكيل، ومن مشايخنا من قال: لو فرق إنسان بين المضارب والوصي، وبين والي الوقف، لأبي حنيفة جاز، فإن والي الوقف ليس بعام الولاية، وإن كان وصيًا في الوقف، ألا ترى أنه لا يتجاوز أمر الواقف وشرطه.

١١٠٤٦- إذا آجر القيم الدار الموقوفة بعرض من العروض، جاز عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز إلا بالدراهم والدنانير، وذكر هذه المسألة في الإجارات، فأجاب بالجواز من غير ذكر الاختلاف، والمتأخرون من مشايخنا قالوا: إنما يذكر محمد الخلاف؛ لأنه لم يكن في الأجرة تعارف في زمنهم[3]، وذكر هلال الخلاف؛ لأنه كان في الأجرة تعامل، كما في الثمن، قال الفقيه أبو جعفر: وفي زماننا في الأجر تعامل كما في الثمن، بعض مشايخنا قالوا: إنما يجوز في الوقف عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ما تعارفه الناس أجرة وثمنًا في الإجارات والبياعات، مثل الحنطة والشعير، فأما العبيد فلا يجوز بالإجماع، والأب والوصي إذا آجر دار اليتيم بعرض يجوز بلا خلاف؛ لأنهما يملكان شرى العرض له، فأما قيم الوقف، فشراءه العرض على الوقف لا يجوز، فكان كالوكيل.

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) وفي "ف" و"م": يتصرف.

(٣) كذا في "ظ"، وكان في الأصل: في ذمتهم.

ثم إذا أجاز إجارة الوقف بالعرض على قول من قال بالجواز، فالقيم يبيع العرض الذى هو أجرة، ويجعل ثمنه فى سبيل الوقف.

١١٠٤٧- إذا آجر القيم الوقف، وشرط المرمة على المستأجر، بطلت الإجارة؛ لأن المرمة مجهولة، إلا أن يسمى دراهم معلومة، ويأمره بأن يصرفها فى المرمة.

١١٠٤٨- وإذا كان الوقف على قوم معينين فأجر القيم الوقف من الموقوف عليهم يجوز؛ لأنه لا حق لهم فى الرقبة، إنما حقهم فى الغلة، فصار فى حق الرقبة من الموقوف كالأجانب، إلا أنه يسقط حصة المستأجر من الأجر؛ لأنه لو أخذ منه استرد ثانيًا، فلا يفيد الأخذ، والموقوف عليهم إذا أرادوا أن يؤاجروا لا يجوز، لما ذكرنا أنه لا حق لهم فى الرقبة ولا ملك.

١١٠٤٩- قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: إذا كان الأجر كله له [بأن] كان الوقف لا يحتاج إلى العمارة، كالحوانيت والدور، وليس معه شريك فى الوقف، حينئذٍ جازت الإجارة، وأما فى الأرض إن كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج، وسائر المؤن، وما فضل فللموقوف عليهم، فليس لهم إجارته؛ لأن فيه إبطال شرط الواقف، وهو البداية بالخراج والمؤن.

بيانه: أن إجارة الموقوف عليه إنما يجوز على معنى إجارته ملك نفسه لا على اعتبار إجارته للوقف؛ لأنه ليس بمتولى الوقف، وإن كان جواز إجارته على اعتبار ملك إجارته ملك نفسه لنفسه كان الأجر له ليس فيه خراج ولا شىء، فهو معنى قولنا: أن فيه إبطال شرط الواقف، وأما إذا لم يشترط بداية الخراج والمؤن عليه، وهو نظير ما روى عن أبى يوسف فى أرض الوقف إذا كان الموقوف عليهم اثنين أو ثلاثة فتقاسموا، وأخذ كل واحد منهم أرضًا يزرعها لنفسه، قال أبو يوسف: إن كانت الأرض عشرية جاز مهايأتهم، وإن كانت الأرض خراجية لا يجوز، قال: لأن العشر صدقة، وما وقف عليهم كالصدقة عليهم، فصارت الجهة فى جميع الغلة واحدة، فأشبه سكنى الدار إذا كان الموقوف عليهم نفرًا، فبدا لهم أن يقتسموا، وأن يسكن كل واحد منهم ناحية [منها] جاز على سبيل التهايؤ، إذ ليس فيه تعيين شرط، إذ ليس سبيل العشر أن يبدأ فيه كما يبدأ بالخراج والمؤن، وأما فى الأرض الخراجية فإن عادة الواقفين شرطهم بداية الخراج من الغلات، ونحن لو أجزنا التهايؤ لم يكن الخراج فى الغلة، بل يكون فى ذمة الموقوف عليهم، إذ صورة التهايؤ أن يختص كل واحد منهم بما يخصه، ولما صار بلا منفعة مختصًا[1]، كان كالمالك، فيكون الخراج فى ذمته، كالمالك، فيكون فيه تغيير

(١) وفى "م": محتاجًا مكان مختصًا.

شرط الواقف؛ لأن الواقف شرط أن يكون الخراج فى الغلة.

١١٠٥٠- قال الفقيه أبو جعفر: وقد اختار بعض الصكاكين فى زماننا فى الصكوك فى إجازة الوقف لما كان الفتوى على أن إجارة الوقف لا يجوز فى السنين الكثيرة، فذكروا فى الصك أن الواقف وكّل فلانًا بإجارة هذه الضيعة من فلان كل سنة بكذا، أو متى ما أخرجه من الوكالة، فهو وكيله، وأرادوا بذلك بقاء الوقف فى يد المستأجر أكثر من سنة، قال الفقيه أبو جعفر: ألا أنا نبطل هذه الوكالة فى الوقف، وإن كان القياس تجويزه تحريًا بإصلاح الوقف، كما تبطل الإجارة، وقد اختلف نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة فى الوكالة بهذه الصفة، قال نصير: يجوز، وقال محمد بن سلمة: لا يجوز.

قال الفقيه أبو جعفر: إنما اختلفا لاختلافهما فى معنى قولهما: مهما عزلتك فأنت وكيلى، قال محمد بن سلمة: معناه: كلما عزلتك فأنت وكيلى بالوكالة السابقة، وهذا مخالف للشريعة؛ لأنهما قصدا أن لا يرد على هذه الوكالة العزل، ومن حكم الشرع أن الوكالة يرد عليها العزل، وقال نصير معناه: كلما عزلتك فأنت وكيلى وكالة مستأنفة، ولو صرح بهذا لا يصح؛ لأن الوكالة يصح تعليقها بالشروط، فيصح تعليقها بشرط العزل، قال الفقيه أبو جعفر: ونحن نبطل هذه الوكالة فى الوقف؛ لأنه أصلح للوقف.

١١٠٥١- استأجر أرضًا موقوفة، وبنى فيها حانوتاً وسكنها، فأراد غيره أن يزيد فى الغلة، ويخرجه من الحانوت، ينظر إن آجره مشاهرة، فإذا جاء رأس الشهر، كان للقيم فسخ الإجارة؛ لأن الإجارة إذا كانت مشاهرة ينعقد رأس كل شهر، فبعد ذلك ينظر إن كان رفع البناء لا يضر بالوقف رفعه إن شاء؛ لأنه ملكه، وإن كان رفع البناء يضر بالوقف، ليس له أن يرفعه، دفعًا للضرر عن الوقف، فبعد ذلك المسألة على وجهين: إن كان المستأجر يرضى أن يتملك القيم بناءه للوقف بقيمته مبينًا، أو منزوعًا، أيهما كان أقل يملك القيم ذلك، وإن كان لا يرضى لا يتملك؛ لأن تملك ماله بغير رضاه لا يجوز، فيبقى إلى أن يتخلص ملكه فى "فتاوى أبى الليث".

١١٠٥٢- و فى "فتاوى الفضلى": فقير يسكن وقف الفقراء بأجر، فترك له بحساب الفقراء ماوجب عليه، يجوز [من الأجر] فالرواية محفوظة عن علمائنا أن من له حق فى مال بيت المال إذا ترك عليه خراج أرضه لمكان حقه فى بيت المال جاز، هكذا قال فى "فتاوى أبى الليث".

١١٠٥٣- قيّم وقف آجر دار الوقف، فله أن يختار بالغلة على مديون المستأجر إذا كان

مليئًا، وإن أخذ كفيلا، فذلك أولى؛ لأنه إذا أخذ كفيلا كان المطالب بالأجر اثنان، فى آخر إجارات "فتاوى أبى الليث".

١١٠٥٤- المتولى إذا باع الأشجار التى فى أرض الوقف، ثم آجر منه الأرض، فإن باع الأشجار بعروقها دون الأرض يجوز، إذا لم تكن الإجارة طويلة؛ لأن الأرض لا تكون مشغولة بملك الغير فيصح التسليم.

وإن باع الأشجار من وجه الأرض، لا تجوز إجارة الأرض؛ لأن الأرض مشغولة بملك الغير وهو عروق الأشجار، فلا يصح التسليم. وإن كان قد دفع الأشجار منه معاملة سنة أو سنتين، أو ما أشبه ذلك، ثم آجر الأرض منه بأجر المثل، فعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه لا يجوز إجارة الأرض؛ لأن عنده المعاملة غير جائزة، فبقى الأرض مشغولا بحق الآجر، فلا تجوز الإجارة، وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المعاملة جائزة، فجازت الإجارة، والاحتياط أن يبيع الأشجار بعروقها، ثم يؤاجر الأرض، فيكون متفقا عليه، وإذا أراد أن يستأجر أجرا ليعملوا فى أرض الوقف جاز؛ لأن فيه منفعة راجعة إلى الوقف.

١١٠٥٥- قال: وإذا دفع أرض الوقف مزارعة يجوز إذا لم يكن فيه محاباة راجعة إلى الوقف قدر ما لا يتغابن الناس فيها؛ لأنه إذا كان البذر من قبل القيم، فهو مستأجر العامل ليعمل فى الوقف، وإن كان البذر من قبل العامل، فقد آجر الأرض منه ببعض الخارج، وكذلك لو دفع ما فيها من النخيل معاملة تجوز، فإن مات القيم قبل انقضاء مدة المزارعة والمعاملة لا تبطل المزارعة والمعاملة، وإن مات المزارع والعامل، فإن المزارعة والمعاملة يبطلان.

١١٠٥٦- وإن دفع القيم أرض الوقف مزارعة سنين معلومة [فهو جائز، إذا كان ذلك أنفع وأصلح فى حق الفقراء، فقد جوز المزارعة سنين معلومة][1] من غير التقدير بالثلث، وأنه صحيح، والمعنى الذى لأجله استحسن المشايخ أن لا تجوز الإجارة الطويلة على الوقف، وهو أن لا يؤدى إلى إبطال الوقف عسى لا يتأتى فى المزارعة، يعرف بالتأمل -إن شاء الله تعالى-.

١١٠٥٧- وإذا دفع أرض الوقف مزارعة، أو دفع نخيل الوقف معاملة، ولاحظ فيه للواقف لا يجوز على الوقف، ويصير غاصبًا الأرض، فإن سلمت الأرض من النقصان، فلا ضمان، وإن نقصت، فالضمان واجب إن شاء على الدافع، وإن شاء على الآخذ، ولا شىء للموقوف عليهم من الخارج من الأرض، وأما الثمار فهى للموقوف عليهم؛ لأنها تخرج من النخيل، ولا شىء للمدفوع إليه من الثمار إنما حقه فى أجر عمله على الدافع فى ماله خاصة،

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى عندنا.

ولا يرجع به على [أحد][(١)] ذكره هلال فى وقفه.

١١٠٥٨- فى "فتاوى أهل سمرقند": أرض وقف بدرغم، وهى ناحية من نواحى سمرقند، استأجره رجل من حاكم درغم بدراهم [معلومة] وزرعها، فلما حصلت الغلة طلب المتولى الحصة من الغلة، كما جرى العرف بالزراعة بدرغم على النصف، أو على الثلث، فقال الرجل: على الأجر، كان للمتولى أن يأخذ الحصة؛ لأنه لا ولاية للحاكم؛ لأن تولية القاضى لهذا المتولى إن كان قبل تقليد الحاكم [لم يدخل] ذلك تحت تقليده، وإن كان بعد تقليده خرج عن ولايته تلك الأرض، فلم تصح إجارته، فإذا زرعها، وقد جرى العرف بالمزارعة على النصف، أو على الثلث صار كأن المتولى دفعها إليه مزارعة على ذلك.

١١٠٥٩- فى "فتاوى أبى الليث": وقف ضيعة له على بنيه، فأراد أحدهم قسمتها ليدفع نصيبه مزارعة، قال: قسمة الوقف لا تجوز من أحد، وليس لأرباب الوقف أن يعقدوا على الوقف عقد مزارعة، وإنما ذلك للقيم.

قال: أرض الوقف إذا كانت عشرية دفعها القيم مزارعة أو معاملة، فعشر جميع الخارج فى نصيب الدافع، وهذا على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، فإن عنده فى الإجارة بالدراهم العشر على الآجر كالخراج، وعندهما يجب فى الخارج، فكذلك فى المزارعة؛ لأنه إن كان البذر من قبل رب الأرض، فهو مستأجر للعامل، فالعشر كله عليه، وإن كان البذر من قبل المزارع، فالقيم يؤاجر الأرض، فكان العشر عليه.

١١٠٦٠- وكان ينبغى أن لا يجب العشر فى أرض الوقف؛ لأن الوقف فى الحاصل على الفقراء والعشر للفقراء، وإنما وجب؛ لأن الأخذ يختلف؛ لأن حق أخذ العشر للسلطان وله فيه حق المعاملة، وأما الوقف فالقيم هو الذى يتصرف فيه، وهو نظير المال المنذور بالتصدق بها إذا حال الحول عليها، تجب الزكاة فيها، فيؤدى صاحب المال الخمسة زكاة، ويتصدق بالباقى، وإن كان المصرف فى كلا الحقين واحد.

١١٠٦١- وإذا كانت الدار موقوفة على قوم، أجرها القيم، فمات بعضهم، قد ذكرنا قبل هذا أن الإجارة لا تنتقض بموت الموقوف عليه، وذكرنا أيضًا: أن ما وجب من الأجر قبل موت من مات منهم، فذلك ميراث لورثته، وما وجب بعد موته، فهو كله للباقين، فإن عجلت الأجرة، واقتسمها الموقوف عليهم، ثم مات أحدهم، فالقياس أن تنتقض القسمة، ويكون للذى مات حصته من الأجر مقدار ما عاش؛ لأن المنفعة التى تحدث بعد موته لا يظهر

(١) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: على الدافع.

ملكه، وكذلك الأجر الذى هو بدل المنفعة لا يكون ملكه، ولكن نستحسن، ولا ننقض القسمة؛ لأن القسمة قد صحت، ووقع الملك لكل واحد منهم فى نصيبه، فما حدث من السبب المغير فى القسمة لايقدح فى القسمة الماضية كرجل مات، وترك ألف درهم، وعليه لرجل ألف درهم، ولرجل ألفان، فاقتسمها الألف أثلاثًا، ثم إن صاحب الألف أبرأ الميت، لاتبطل القسمة، كذا هنا.

قال: وكذلك على هذا لو شرط تعجيل الأجرة؛ لأن الأجرة كما تملك بالتعجيل تملك باشتراط التعجيل.

١١٠٦٢- قال: إذا آجر دار الوقف سنة بمائة درهم، والموقوف عليهم ثلاثة نفر، ثم مات أحدهم بعد مضى ثلث سنة، ومات الآخر بعد مضى ثلث آخر من السنة، وبقى الثلث، فإن الثلث الأول من الأجرة بين ورثة [الميت الأول وبين ورثة الميت الثانى، وبين الباقى أثلاثًا، والثلث الثانى بين ورثة][1] الثانى، وبين الباقى نصفان، والثلث الثالث كله للباقى، فتخرج المسألة من ثمانية عشر.

١١٠٦٣- قال هلال فى وقفه: إذا احتاجت الصدقة إلى العمارة، وليس فى يد القيم ما يعمرها، فليس له أن يستدين عليها؛ لأن الدين لا يجب ابتداءً إلا فى الذمة، وليس للواقف ذمة، والفقراء وإن كان لهم ذمة إلا أن لكثرتهم لا يتصور مطالبتهم، فلا يثبت الدين باستدانة القيم إلا عليه، ودين [يجب] عليه لا يملك قضاءه من غلة هى للفقراء. وعن الفقيه أبى جعفر أن القياس هذا، لكن يترك القياس فيما فيه ضرورة، نحو أن يكون فى أرض الوقف زرع يأكله الجراد، ويحتاج القيم إلى المنفعة بجميع الزرع، أو طالبه السلطان بالخراج، جاز له الاستدانة؛ لأن القياس يترك بالضرورة، قال: والأحوط فى هذه الضرورات أن يستدين بأمر الحاكم؛ لأن ولاية الحاكم أعم من مصالح المسلمين من ولايته، فيكون أنفى لشبهة عدم ثبوت الدين، إلا أن يكون بعيدًا من الحاكم، ولا يمكنه الحضور، فلا بأس بأن يستدين بنفسه.

وهذا إذا لم يكن فى تلك السنة غلة، فأما إذا كانت ففرق القيم الغلة على المساكين، ولم يمسك للخراج شيئًا، فإنه يضمن حصة الخراج، فإن قدر الخراج، وما يحتاج إليه الوقف من العمارة والمؤنة مستثنى عن حق الفقراء، فإذا دفع القيم ذلك ضمن.

وهذا الذى [روى] عن الفقيه أبى جعفر مشكل؛ لأنه جمع بين أكل الجراد وبين الخراج، ويتصور الاستدانة فى أكل الجراد الزرع؛ لأن الزرع مال الفقراء، وهذا الدين إنما يستدان

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى عندنا.

لحاجتهم فأمكن إيجاب الدين فى مالهم، وأما فى باب الخراج فلا يتصور؛ لأنه إن كان فى الأرض غلة، فلا ضرورة إلى الاستدانة؛ لأن الغلة تباع، ويؤدى منه الخراج، فإن لم يكن فى الأرض من غلة، فليس هنا إلا رقبة الوقف، ورقبة الوقف ليس للفقراء، ولا يستقيم إيجاب دين يحتاج إليه الفقراء فى مال ليس لهم. فهذا الفصل مشكل من هذا الوجه، إلا أن يكون تصوير المسألة فيما إذا كان فى الأرض غلة، وكان بيعه متعذراً للحال، وقد طولب الخراج.

ثم ما روى عن الفقيه أبى جعفر فى الخراج يدل على فصل العمارة: أن الواقف إذا كان محتاجًا إلى العمارة، وفرق القيم الغلة على الفقراء، ولم يمسك للعمارة شيئًا، ينبغى أن يضمن، وإذا لم يكن للوقف غلة، وقد اشتدت حاجة الوقف إلى العمارة، وخيف عليه ضرر بين، وقد تحققت الضرورة، كما فى الزرع يأكله الجراد، وكما فى الخراج إذا طولب فيه.

١١٠٦٤- قالوا: وليس قيم الوقف فى الاستدانة على الوقف، كالوصى فى الاستدانة على اليتيم[لأن اليتيم] له ذمة صحيحة، وهو معلوم، فيتقرر مطالبته، ألا ترى أن للوصى أن يشترى لليتيم شيئًا بنسيئة من غير ضرورة.

١١٠٦٥- وفى "فتاوى أبى الليث": قيم وقف طلب منه الجبايات والخراج، وليس فى يده من مال الوقف شيئًا، فأراد أن يستدين، فهذا على وجهين: إن أمره الواقف بالاستدانة فله ذلك، وإن لم يأمره بالاستدانة، فقد اختلف المشايخ فيه، قال الصدر الشهيد: والمختار ما قاله الفقيه أبو الليث: إنه إذا لم يكن من الاستدانة بد يرفع الأمر إلى القاضى حتى يأمره بالاستدانة، ثم يرجع فى الغلة؛ لأن للقاضى هذه الولاية.

١١٠٦٦- وفى "واقعات الناطفى": المتولى إذا أراد أن يستدين على الوقف ليجعل ذلك فى ثمن البذر، إن أراد ذلك بأمر القاضى، فله ذلك بلا خلاف؛ لأن القاضى يملك الاستدانة على الوقف، فيملك المتولى ذلك أيضًا بإذن القاضى، وإن أراد ذلك بغير أمر القاضى، ففيه روايتان.

١١٠٦٧- متولى الوقف إذا رهن الوقف بدين، لا يصح؛ لأن فيه تعطيل منافع الرهن، فإن سكن المرتهن فيه، فعليه أجر المثل بالغًا ما بلغ، سواء كان معدًا للاستغلال أو لم يكن، نظرًا للوقف، وقد ذكرنا جنس هذه المسائل فيما تقدم.

١١٠٦٨- فى "فتاوى أبى الليث": أرض موقوفة فى يدى أكار، وكان فيه قطن، فسرق القطن، فوجده الأكار فى منزل رجل، فأخذ صاحب المنزل، وخاصمه، فقال صاحب المنزل: ضمنت لك إن أعطيتك مائة من القطن، أيحل للقيم أن يأخذ ذلك؟ فهذا على ثلاثة أوجه: إما

أن يعلم أن صاحب المنزل يعطى خوفًا من هتك الستر، أو لم يعلم أنه سرق ذلك القدر، أو أكثر، أو أقر بذلك، أو على أنه سرق لكن أقل مما يعطى، ففى الوجه الأول لا يجوز له أن يأخذ؛ لأنها رشوة، وفى الوجه الثانى جاز؛ لأنه أخذ دينًا عليه، وفى الوجه الثالث لا يجوز إلا مقدار ما يعلم يقينًا أنه سرق؛ لأن الدين لم يكن، فإذا وقع الشك فيه، لا يثبت.

١١٠٦٩- وفى "فتاوى سمرقند": [إن أكارًا] تناول من مال الوقف، فصالحه المتولى على شيء، فهذا على وجهين: إما إن كان الأكار غنيًا أو فقيرًا، ففى الوجه لايجوز الحط من مال الوقف، وفى الوجه الثانى: يجوز إذا لم يكن فيه غبن ظاهر.

١١٠٧٠- وفى "فتاوى أبى الليث": أرض وقف خاف عليها القيم من سلطان، أو وارث أن يغلب عليها، يبيعها، ويتصدق بثمنها، وكذا كل قيم إذا خاف شيئًا من ذلك، فله أن يبيع ويتصدق بالثمن، قال الصدر الشهيد: والفتوى على أن لايبيع؛ لأن الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتمل البيع.

١١٠٧١- فى "فتاوى أهل سمرقند": [شجرة] وقف فى دار وقف، خربت الدار، ليس للمتولى أن يبيع الشجرة [ويعمر الدار، لكن يكرى للدار ويعمرها، ويستعين بالأجرة على عمارة الدار لا بالشجرة؛ لأنه إذا باع الشجرة][1] لا يبقى، وإذا آجر الدار يبقى كلها.

وفى "فتاوى الفضلى": الأشجار الموقوفة إن كانت مثمرة، لم يجز بيعها، إلا بعد القلع؛ لأنها بمنزلة البناء الموقوف، وبيع بناء الوقف لا يجوز قبل الهدم، ويجوز بعد الهدم، وكذا باب الوقف، لا يجوز بيعه إلا بعد الرفع، كذا هذا.

وإن كانت الأشجار غير مثمرة، جاز بيعها قبل القلع [لأنها] بمنزلة الغلة، وقد مرت مسألة الشجرة قبل هذا من غير تفصيل.

١١٠٧٢- وفى "فتاوى أبى الليث": قرية وقف على أرباب مسمين فى يدى متولى، باع المتولى ورق أشجار التوت، جاز؛ لأنه بمنزلة الغلة، ولو أراد المشترى قطع قوائم الشجرة، يمنع؛ لأنها ليست بمبيعة، ولو امتنع المتولى من منع المشترى عن قطع قوائم الشجرة، كان ذلك خيانة منه.

١١٠٧٣- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": متولى الوقف إذا اشترى بغلة الوقف ثوبًا، ودفعه إلى المساكين، لا يجوز، ولكن يعطى الدراهم؛ لأن المشترى وقع للقيم، بقى حق المساكين فى الدراهم -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١١٠٧٤- ما ذكر الخصاف في وقفه: قال: قلت: في رجل وقف وقفًا صحيحًا، وجعل ولايتها إلى رجل، وجعل إليه القيام بأمرها في حال حياته، وبعد وفاته، وجعل لهذا الرجل من هذا الوقف في كل سنة مالا معلومًا لقيامه بأمر هذا الوقف، فما الذي يجب على هذا الرجل القيم من العمل؟ قال: ليس له في ذلك شيء محدود، وإنما ذلك على ما يتعارفه الناس من القيام بعمارة الضيعة، واستغلال ذلك، وبيع غلاته، وتفريق ما يجتمع من غلاته في الوجوه التي سبلها فيه. أرأيت إن لم يباشر الرجل هذا بنفسه؟ قال: إنما يكلف من هذا ما يجوز أن يفعله مثله، ولاينبغي أن يقصر في ذلك، أما ما كان يفعله الوكلاء والأجراء، فليس ذلك عليه، ألا ترى أنه لو جعله ذلك إلى امرأة كان عليها ما يعمله الوكلاء.

١١٠٧٥- وإن حدثت بهذا القيم علة مثل خرس، أو عمى، أو ذهاب عقل، أو الفالج، هل يكون هذا الأجر قائمًا له؟ قال: إذا دخل عليه من ذلك شيء يمكنه مع ذلك الكلام، والأمر والنهي، والأخذ والإعطاء، فالأجر قائم، فإن تعطل عن الحفظ والتدبير، قطع عنه الأجر.

١١٠٧٦- قلت: فما تقول إن طعن عليه في الأمانة، فرأى الحاكم أن يدخل معه غيره في الوقف، أو رأى الحاكم إخراج الوقف [من يده] وتسليمه إلى غير؟ قال: أما الإخراج من يد هذا الرجل، فليس ينبغي أن يكون ذلك إلا بخيانة ظاهرة، فإذا صح ذلك، واستحق إخراج الوقف من يده، قطع عنه ما أجرى له الواقف، وإن رأى أن يدخل معه آخر، ويكون له بعض هذا المال، فلا بأس بذلك.

١١٠٧٧- وإذا كان هذا المال الذي سماه الواقف لهذا الرجل أكثر من أجر مثله على القيام به، فهو جائز، ولا ينظر في هذا إلى أجر مثله.

١١٠٧٨- قلت: وإن كان الواقف جعل لهذا الرجل القيم في كل سنة مالا، وجعل له أن يوكل بالقيام بأمر هذا الوقف في حياته، ويجعل لمن يوكل من هذا المال [في كل سنة ما رأى، قال: هذا جائز، فإن وكل فيه وكيلا، وجعل له في ذلك المال][1] شيئًا، فله إخراج الوكيل والاستدانة، فإن وكل القيم وكيلا في حياته، أو جعله في وصية في ذلك بعد وفاته، وجعل له جميع المال الذي جعل له، أو بعضه، ثم إن القيم الذي كان جعله الواقف جن جنونًا مطبقًا، أو ذهب عقله من داء أو غير ذلك، قال: تبطل الوكالة التي كان جعلها إليه، ويبطل

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

المال، وكذلك وصيته تبطل إلى من أوصى إليه، ويبطل المال، ويرجع ذلك إلى غلة الوقف.

فإن جعل القيم في كل سنة مالا، ولم يشترط للقيم أن يجعل هذا المال لغيره، قال: فليس لهذا القيم أن يوصى بهذا المال، ولا شيء منه إلى غيره، وله أن يوصى بالقيام بأمر هذا الوقف.

١١٠٧٩- ولو زال عقله سنة، وعجز عن القيام، ثم رجع إليه عقله، وصح يعود إلى ما كان من القيام بأمر هذا الوقف، وإن صح عند الحاكم أن يقيم لا يصلح للقيام بأمر هذا الوقف، فأخرجه، وجعل مكانه آخر، ثم جاء حاكم آخر، فادعى أن الحاكم الذى كان قبل ذلك إنما أخرجنى من القيام بأمر هذا الوقف من غير أن صح على عنده شيء استحق به إخراجى عن ذلك، لا يقبل قوله ولا دعواه، ولكن يقول له: صح عندى أنك موضع للقيام بأمر هذا الوقف حتى أدرك للقيام بذلك، فإن صح عند هذا الحاكم أنه موضع لذلك، رده، وأجرى ذلك المال له من غلة هذا الوقف. ولو أن القاضى أخرج هذا القيم بوجه من الوجوه، وأقام غيره مقامه، فينبغى للقاضى أن يجرى لهذا الرجل شيئًا بالمعروف، ويرد الباقى إلى غلة الوقف، فإن كان الواقف أراد أن يكون هذا المال جاريًا لهذا القيم، وإن أخرجه القاضى لم يبطل عنه ذلك المال ينبغى أن يشترط فى وقفه أن هذا المال جارى لهذا القيم أبدًا، ولا يقول لقيامه بأمر الوقف [فيكون ذلك كله له.

١١٠٨٠- فى "فتاوى أبى الليث": رجل وقف على مواليه وقفًا صحيحًا، ومات الواقف][1] يجعل القاضى الوقف فى يدى قيم، وجعل له عشر غلاته.

١١٠٨١- وفى الوقف: طاحونة فى يدى رجل بالمقاطعة، لا حاجة لها إلى القيم، وأصحاب الطاحونة يقبضون بإزاء العمل، فلا عمل له فى الطاحونة؛ لأن القيم بمنزلة الأجير، والأجير يستحق الأجر بإزاء العمل، فلا عمل له فى الطاحونة.

١١٠٨٢- وفى "مجموع النوازل": متولى وقف بتقليد القاضى امتنع من العمل فى ذلك بنفسه، ولم يرفع الأمر إلى القاضى ليعزله، ويقيم غيره مقامه، هل يخرج عن كونه متوليًا؟ قال نجم الدين: لا، فإن امتنع عن تقاضى ما على المتغلبين زمانًا، ولم يقبضه، هل يأثم بذلك؟ قال نجم الدين: لا، فإن هرب بعض المتغلبين بعد ما اجتمع عليه مال كثير من حق العمالة، هل يضمن المتولى؟ قال نجم الدين: لا -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الثامن
في الوقف على نفسه، وما يتصل به

١١٠٨٣- إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على نفسي، قال هلال: لا يجوز الوقف، وعلى قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: يجوز؛ لأن الواقف لو شرط لنفسه أن يأكل من غلته، على قول أبي يوسف يجوز على ما مر، وليس عن محمد رواية ظاهرة في هذه الصورة، واختلف المشايخ على قوله، بعضهم قالوا: لا يجوز عنده؛ لأن عنده الإخراج عن يده والتسليم إلى المتولي شرط، وإذا كان الوقف على نفسه، كان المتولي قابضًا للوقف، فكأنه لم يخرج من يده.

١١٠٨٤- وبعضهم قالوا: على قول محمد يجوز، فقد ذكر محمد في آخر كتاب الوقف إذا وقف على أمهات أولاده، يجوز، والوقف على أمهات الأولاد كالوقف على نفسه. وكان الفقيه أبو بكر الإسكاف يخير أن يشترط لنفسه الأكل فيقول: على أني آكل منها، ويجيز الوقف على نفسه، وكان يقول: الوقف على نفسه خرج مخرج الفساد فبطل، وشرط الأكل لنفسه خرج بعد خروج الوقف على وجه الصحة فصح.

فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: إن قوله: أرضي صدقة موقوفة وقف صحيح تام على الفقراء، ففوات معنى الصدقة في الاستيفاء لا يبطل أصل الوقف، كما لو قال: أرضي هذه موقوفة على فلان. وجه قول هلال أن الإنسان لا يكون متصدقًا على نفسه، كما لا يكون واهبًا من نفسه؛ لأن كل واحد منهما تمليك، والتمليك من نفسه لا يتصور، فذهب معنى القربة، فيبقى الحبس مطلقًا، وما له يكون محبوسًا عليه قبل الوقف، فلا معنى للاستيفاء بالحبس على نفسه، بخلاف الغني لأن التمليك منه متصور، وفيه نوع قربة، ولكن دون قربة الفقير، فأما هنا فأصل التمليك لا يتصور.

وكان ينبغي على قول هلال أن يلغي ذكر نفسه، ويجعل وقفًا على الفقراء، كما لو قال: أرضي صدقة موقوفة على الموتى، فإنه يكون وقفًا صحيحًا على الفقراء، ويلغو ذكر الموتى. والفرق بينهما على قول هلال أن الميت في نفسه ليس من أهل التمليك، فلغت الإضافة إليه، أما نفسه من أهل التمليك في الجملة، ولكن تمليكه من نفسه لا يتصور، فمن حيث إنه أهل التمليك في الجملة اعتبرت الإضافة، ومن حيث إن تمليكه [من نفسه] لا

يتصور، لا يعتبر الإضافة، ففسد الوقف.

وإذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أمهات أولادى، أو قال: على عبيدى، فالوقف باطل، وهذا إنما يتأتى على قول هلال؛ لأن الوقف على أمهات الأولاد والعبيد كالوقف على نفسه.

١١٠٨٥- ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة عليّ، ثم من بعدى على فلان، كان باطلا، وكذلك إذا قال: صدقة موقوفة على فلان، ثم من بعده على، كان باطلا على قول هلال، بخلاف ما إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على وعلى فلان، حيث يصح نصفه، وهو حصة فلان؛ لأن في الفصل الأول أثبت الغلة كلها لفلان في زمان، ولنفسه في زمان، وشرط الكل لنفسه في زمان يبطل الوقف، وفي هذه المسألة ما أثبت الغلة كلها لنفسه، بل أثبت الحصة بين نفسه وبين فلان في الغلة في جميع الأزمان، ولو أفرد الوقف على نفسه لا يصح، ولو أفرد على غيره يصح، فإذا جمع بينهما كان لكل واحد حكم نفسه. وكذلك إذا قال: صدقة موقوفة على نفسي وعلى ولدى ونسلى، كان الوقف كله باطلا؛ لأن حصة النسل مجهولة، وهذا على قول هلال أيضًا.

الفصل التاسع
فى الوقف على ولده، وولد ولده، وبنيه ونسله، وما يتصل بذلك

١١٠٨٦- إذا وقف الرجل أرضه على ولده، ومن بعده المساكين وقفًا صحيحًا، فإنما يدخل تحت [الوقف] الولد الموجود يوم وجود الغلة، سواء كان موجودا يوم الوقف، أو وجد بعد ذلك، وهذا قول هلال، وبه أخذ مشايخ بلخ، وقال أبو يوسف بن خالد السمتى: يدخل تحت الوقف الموجود يوم الوقف، وأراد بهذا الوجود الخلق على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- لأن الحق إنما يجب فى الوقف يوم الوقف بدلالة أن الواقف لا يقدر على الرجوع عنه على قول مجيزى الوقف، ولا يملك إدخال غيرهم عليهم ويعتبر شروطه يوم الوقف، فصار يوم الوقف كيوم موت الموصى فى الوصية، ومن أوصى لولد عبد الله، ينظر إلى ولد عبد الله يوم موت الموصى فى الوصية كذلك ههنا.

ووجه قول هلال: إن الموقوف عليه لا يملك الرقبة، بل يملك الغلة، والغلة معدومة يوم الوقف، والمعدوم لا يملك، وإنما يملك الموجود، فصار فى حق الموقوف عليه يوم وجود الغلة كيوم موت الموصى فى حق الموصى له، وفى حق الواقف رقبة الوقف يزول عن ملكه يوم الوقف، فروعى شروطه يوم يزول ملكه.

١١٠٨٧- ولو قال: على والدى وعلى من يحدث لى من الولد، فإذا انقرضوا، فعلى المساكين، فالجواب فيه كالجواب فى الفصل الأول، وهو أنه ينظر إلى ولده يوم وجود الغلة؛ لأن قوله: وعلى من يحدث لى من الولد، وشرط لو لم يذكر لكان معتبرًا، فإنه لوحدث له ولد بعد الوقف قبل الغلة، يشاركهم، فإذا شرط كان الشرط تأكيدًا لمقتضاه، لا تعبيرًا.

١١٠٨٨- ولو قال: أرضى هذه صدقة موقوفة على من يحدث لى من الولد، وليس له ولد، فإنه يجوز، فإذا أدركت الغلة، قسمت على الفقراء، فإذا حدث له ولد بعد ذلك، فلا حظ له من هذه الغلة؛ لأن أوان استحقاق هذه الغلة سبق حدوث هذا الولد، ولكن الغلة التى توجد بعد ذلك تصرف إلى هذا الولد ما بقى، فإذا لم يبقَ له ولد، صرفت الغلة إلى الفقراء؛ لأن قوله: صدقة موقوفة، يكون وقفًا على الفقراء، وذكر الولد استثناء الغلة من الفقراء، فصار كأنه قال: أرضى موقوفة على الفقراء إلا أنه إن حدث لى ولد، فغلتها له ما بقى، فإن ولدت امرأته الحرة، أو أم الولد بعد مجىء الغلة لأقل من ستة أشهر، شركهم هذا الولد فى

هذه الغلة؛ لأنه كان موجوداً وقت مجيء الغلة، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً [لم يشركهم] لأن استحقاقهم ثابت ظاهراً، ووجوده في ذلك الوقت مشكوك فيه، لجواز أنه حدث من بعد، فلا يثبت مزاحمته بالشك.

ولو كان له أمة، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم وجدت الغلة فادعاه، ثبت نسبه منه، ويكون ابنه، ولا يدخل في هذه الغلة، ويدخل فيما يأتي بعد ذلك من الغلات، ولا يصدق هذا الرجل على أن يدخل مع أولاده الذين استحقوا هذه الغلة ولد لا يعرف إلا بقوله.

١١٠٨٩- فإن مات الواقف ساعة جاءت الغلة، فجاءت امرأته بولد ما بينها وبين سنيتن من الساعة التي جاءت فيه الغلة شارك الأولين في الغلة؛ لأن المتوفى عنها زوجها إذا جاءت بولد ما بينها وبين سنتين من وقت الوفاة يثبت النسب على ما عرف في كتاب الطلاق.

فإن عاش بعد إدراك الغلة من الوقت ما يمكنه الوصول إلى أهله، ثم مات، فجاءت امرأته بولد ما بينها وبين سنتين من وقت إدراك الغلة، لا حق لهذا الولد في هذه الغلة؛ لأنه لما عاش بعد وقت الغلة وقتًا يتوهم العلوق منه، دخل احتمال حدوث الولد بعد مجيء الغلة، إلا أن تكون الولادة لأقل [من ستة أشهر] من وقت إدراك الغلة، فحينئذٍ شركهم هذا الولد في هذه الغلة، لعلمنا بوجوده حين مجيء الغلة [ولو كان الموت قبل مجيء الغلة بيوم أو يومين، ثم جاءت بولد ما بينها وبين سنتين من وقت الموت، كان لهذا الولد حصة في هذه الغلة؛ لأن الموت لو كان وقت مجيء الغلة][1] كان للولد حصته، فإذا كان قبله أولى؛ لأنه أدل على وجود الولد عند الغلة، وكان النسب ثابتًا، فلهذا يستحق الولد.

١١٠٩٠- ولو قال: أرضي صدقة موقوفة على ولدي الذين يسكنون البصرة، فالغلة لساكني البصرة من ولده، دون غيره؛ لأنه أثبت الاستحقاق لولده بصفة أن يكون ساكن البصرة، فتعلق الاستحقاق بالولادة وسكنى البصرة جميعًا، ويعتبر ساكن البصرة يوم وجود الغلة على ما مر في ولده.

١١٠٩١- ولو قال: أرضي صدقة موقوفة على ولدي العوراء والعميان، فالوقف لهم خاصة دون غيرهم؛ لأنه علق الاستحقاق بصفة العور وصفة العميان، فيتعلق بهما، ويعتبر العور أو العميان من ولده يوم الوقف، لا يوم الغلة.

وكذلك إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على أصاغر أولادي، يعني ولدي الصغار، فالوقف للصغار دون الكبار، يعتبر الاستحقاق من كان صغيراً وقت الوقف لا وقت الغلة، أما

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

العوراء أو العميان فلأن العور أو العمى وصف لازم لايزول، وقد ذكره لزيادة التعريف، فجرى مجرى اسم علم، ولو ذكر باسم العلم بأن قال: أرضى صدقة موقوفة على فلان ولدى، اختص فلان بالاستحقاق من جملة أولاده، فلو ولد بعد ذلك له ولد آخر، وسماه بذلك الاسم لم يشارك الثانى الأول فى الاستحقاق، فكذلك فى العور والعمى. وأما الصغير وإن كان مما يزول بالكبر، ولكنه يزول زوالا لا يعود، بخلاف الفقراء وساكنى البصرة؛ لأن الفقر يزول عن الإنسان ويعود، فتارةً يفتقر، وتارة يستغنى، فلم يكن الثبوت تامّا، ولا الزوال، وكذلك السكنى، فصار الحاصل أن الاستحقاق إن كان ثابتًا بصفة لا يزول، أو يزول لكنها لا تعود بعد الزوال، يعتبر فى الاستحقاق قيام تلك الصفة وقت الوقف، وإذا كان الاستحقاق ثابتًا بصفة وقت مجيء الغلة، فعلى هذا الأصل يدور جنس هذه المسائل.

١١٠٩٢- إذا قال: أرضى هذه صدقة موقوفة على ولد فلان، وليس لفلان ولد لصلبه، وله ولد الولد يريد به ولد الابن، كانت الغلة لولد الابن، ولو كان لفلان ولد لصلبه، وولد الولد، فلا شيء لولد الولد، وكذلك هذا فى ولد الواقف، وولد ولده. وهذا لأن اسم الولد عن الاطلاق يتناول ولد الصلب، ولا يتناول ولد الولد [لأن المطلق من الأسامى يتناول المطلق من المسميات، وولد الإنسان مطلقًا ولده لصلبه][1] لأنه يولد منه بلا واسطة، أما ولد الولد يولد منه بواسطة، فكان ولدًا مقيدًا، والمقيد لا يدخل تحت المطلق إلا بدليل، ففيما إذا لم يكن له ولد لصلبه [وجد دليل، وهو صيانة تصرفه؛ لأنه إذا لم يكن له ولد لصلبه][2] لو لم يحمل على ولد الابن يلغو تصرفه، ومثل هذا الدليل لم يوجد فيما إذا كان له ولد لصلبه.

١١٠٩٣- إذا قال: أرضى هذه صدقة موقوفة على ولدى، انصرف إلى البطن الأول، يريد به ولد لصلبه، ولا يشارك البطن الثانى البطن الأول، يريد بالبطن الثانى ولد الابن، فما دام واحدًا من البطن الأول، فالغلة له، وإن لم يبقَ واحد من ذلك البطن، فالغلة للفقراء، ولا يصرف إلى البطن الثانى، فإن لم يوجد البطن الأول، ووجد البطن الثانى، وهو ولد الابن، فالغلة للبطن الثانى، ولا يشاركه من دونه من البطون، وجعل الحال فى حق ما بين البطن الثانى ومن دونه من البطون كالحال فى حق ما بين البطن [الأول] والثانى. ولو عدم البطن الأول والثانى، ووجد البطن الثالث والرابع ومن دونه، اشترك البطن الثالث ومن دونه من البطون، وإن كثرن؛ لأن البطن الثالث قد فحش بعده، كالبطن الرابع والخامس، ألا ترى أنك إذا نسبت

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

إلى الأب الأعلى تذكر الوسائط، فتقول: ولد ولد فلان، فتذكر ثلاثة آباء، والثلاث جمع صحيح، فثبت أن نسبه بعيد، والبعيد إذا فحش يتعلق الحكم بنفس الانتساب، كما لو أوصى لبني تميم، أو لبني هاشم، أو لأولاد أبي بكر، انصرف إلى منتسبيهم، ويستوى من بعدت ولادته ومن قربت، كذا ههنا، فأما في البطن الثاني، فالبعيد غير متفاحش، ألا ترى أنك إذا نسبته إلى الأب الأعلى تذكر واسطتين، فتقول: هذا ولد ولد فلان، فلا يتعلق الحكم بنفس الانتساب، وكل جواب عرفته في الوقف على ولده، فهو الجواب في الوقف على ولد فلان.

١١٠٩٤- ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي، وولد ولدي، اختص به البطن الأول [والثاني، ألا ترى أنه لو ذكر البطن الأول، ولم يذكر معه غيره، اختص به البطن الأول][١]، فإذا ذكرهما، اختصا به.

ولو قال: على ولدي، وولد ولدي، وولد ولد ولدي، فالقياس أن يختص به البطون الثلاث، كما قلنا في البطنين، وفي الاستحسان اشترك البطون كلها، وإن سفلوا [لما ذكرنا] أن البعيد إذا فحش، يعتبر مجرد النسبة، ويسقط اعتبار الأقرب.

١١٠٩٥- وإذا وقف أرضه على ولده، وليس له ولد لصلبه، وله ولد الابن، صرفت الغلة إلى ولد الابن، فإن حدث له [ولد لصلبه] بعد ذلك، صرفت الغلة المستقبلة إلى ولد لصلبه؛ لأن كل غلة تدرك، فإنما ينظر إلى [مستحقها] وقت الإدراك، ولاينظر إلى ما مضى؛ لما مر، فإذا وجد وقت الإدراك من سماه الواقف، صرفت الغلة إليها، سواء كان موجوداً يوم الوقف، أو حدث بعده، ألا ترى أن من جعل أرضه صدقة موقوفة على ولده، وليس له ولد، صرفت الغلة [إلى الفقراء] وإن حدث [له بعد] ذلك [ولد] صرفت الغلة المستقبلة إليه، كذا ههنا.

١١٠٩٦- إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على بني، وله ابنان فصاعداً، استحقا جميع الغلة، وإن حصل الإيجاب بلفظ الجمع؛ لأن في المثنى معنى الجمع من وجه بضم الواحد إلى الواحد، ألا ترى أن في باب الوصية أعطى للمثنى حكم الجمع، فكذا في الوقف؛ لأن الوقف نظير الوصية.

ولو لم يكن إلا ابن واحد، كان للابن نصف الثلث، والنصف الآخر للفقراء، ألا ترى أن من أوصى بثلث ماله لبني فلان، وليس لفلان إلا ابن واحد، كان للابن نصف الثلث، والثلث الآخر يكون لورثة الموصي.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وليس اسم الابن كاسم الولد، فإنه إذا وقف على ولده، وله ولد واحد، كان جميع الغلة له، ولو كان له أولاد قسمت الغلة بينهم؛ لأن الولد بصيغته اسم وحدان، وبمعناه اسم جنس؛ لأن معنى الولادة يعم الجنس واحدًا كان أو جماعة، فيصح صرفه إلى الواحد بصيغته، وإلى الجمع بمعناه، بخلاف قوله: بنى، لأنه اسم جمع بصيغته، وبمعناه، حتى لو قال: أرضى هذه صدقة موقوفة على ابنى، وله ابن واحد، كان له جميع الغلة؛ لأن الابن اسم وحدان بصيغته، فإنما أوجب الغلة للواحد.

١١٠٩٧- ولو قال: أرضى صدقة موقوفة على بنى، وله بنون، وبنات، قال هلال: هم جميعًا فى الوقف سواء؛ لأن البنين والبنات عند الاجتماع يسمى بنين، وهكذا ذكر الخصاف فى وقفه، ورواه عن أبى حنيفة رضى الله تعالى.

وعن أبى يوسف بن خالد السمتى: فيمن أوصى بثلث ماله لبنى فلان، ولهم بنون وبنات، فالثلث لهم جميعًا، وهم فيه سواء، فكذا الوقف.

قال هلال: وروى يعقوب عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن ذلك للبنين دون البنات، علل، فقال: ألا ترى أن لا يحسن أن يقال: هذه المرأة من بنى فلان.

بعض مشايخنا على أن فى هذه المسألة روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وبعضهم وفق بين الروايتين، فقال: ما روى أنه يدخل فيه البنين والبنات محمول على ما إذا كان فلان أب قبيلة، كبنى تميم، وما روى أنه لا يدخل فيه البنات محمول على ما إذا كانوا بنى أب يحصون، وقد أشار فى التعليل إلى ما قلنا، حيث قال: لا يحسن أن يقال: هذه المرأة من بنى فلان، وهذا إنما يستقيم فيما إذا كانوا بنى أب يحصون، أما إذا كانوا بنى أب لا يحصون صح ذلك، فإنه يستقيم أن يقال: هذه المرأة من بنى تميم، بنحوه روى عن أبى يوسف فى الوصية، فإنه قال: الثلث للبنين دون البنات، إلا فى كل أب يحسن أن يقال: هذه المرأة من بنى فلان، مثل فخذ أو قبيلة.

١١٠٩٨- ولو قال: على بنى، وليس له بنون ولا بنات، فالغلة للفقراء، ولا شىء للبنات؛ لأن اسم البنين لا يتناول البنات المفردات، وكذا إذا قال: على بنات، وله بنون، فالغلة للفقراء، ولا شىء للبنين.

ولو كان الوقف باسم الولد، دخل فيه البنون والبنات؛ لأن الولد اسم مشتق من الولادة، وهذا المعنى يوجد فى الفريقين.

ولو قال: على ولدى، وليس له ولد لصلبه، وإنما له ولد الولد، دخل فيه ولد الابن بلا

خلاف، وقد مر هذا. وهل يدخل ولد البنت؟ ذكر هلال أنه لايدخل، وهكذا ذكر محمد فى "السير الكبير". وفى "شروط الخصاف": أن ولد البنت يدخل فى هذا الوقف، فصار فى المسألة روايتان.

وفى كتاب الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن فى قوله: ولد الولد، أنه يدخل ولد الابنة عند أصحابنا.

١١٠٩٩- وفى مسائل على الرازى جمعها فى "الحسانيات": إذا وقف على أولاده وأولادهم، دخل فيه ولد الابن [وولد الابنة، وفى "السير الكبير": إذا استأمنوا على أولاد أولادهم، دخل فيه ولد الابن وأولاد](١) الابنة، وهذا لأن ولد الولد حقيقة اسم لمن ولده ولده، وابنته ولده، فمن ولدته ابنته يكون ولد ولده حقيقة، بخلاف ما لو استأمنوا على أولادهم؛ لأن أولاد الرجل فى الحقيقة من ولدهم هو، ومن حيث الحكم من يكون منسوبًا إليه بالولادة، وذلك أولاد الابن دون أولاد البنات.

١١١٠٠- وإذا وقف على نسله، دخل فيه ولد الابن، وهل يدخل فيه ولد الابنة؟ ذكر هلال أن فيه روايتين عن أصحابنا.

١١١٠١- وإذا وقف على ولده ونسله، وله أولاد الصلب، وأولاد الأولاد، دخل فيه أولاد الصلب وأولاد الأولاد، وإن بعدت ولادتهم، فأولاد الصلب يدخلون تحت اسم الولد، وتحت اسم النسل، وأولاد الأولاد يدخلون تحت اسم النسل.

١١١٠٢- ولو وقف على ولده ونسله، وليس له ولد لصلبه، وإنما له ولد الولد، دخل ولد الولد فى الوقف باسم الولد والنسل، فإن حدث له ولد لصلبه دخل فى الوقف أيضًا باسم الولد والنسل.

١١١٠٣- ولو قال: على ولدى المخلوقين ونسلى، دخل الولد الحادث لصلبين فى الاستحقاق بلفظ النسل؛ لأنه أضاف النسل إلى نفسه، والولد الحادث من نسله، بخلاف ما إذا قال: على ولدى المخلوقين ونسلهم، حيث لا يدخل فى الاستحقاق ما حدث به من ولد الصلب؛ لأنه أضاف الاستحقاق [فى حق أولاده لصلبه إلى المخلوقين، والمعدوم لا يكون مخلوقًا، وفى حق النسل أضاف الاستحقاق](٢) إلى النسل المضاف إلى أولاده.

وكذلك إذا قال: ولدى المخلوقين وعلى أولادهم، لا يدخل فى الاستحقاق من حدث

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

له ولد لصلبه.

١١١٠٤- ولو قال: على ولدى المخلوقين، وأولاد أولادهم، ونسلهم، دخل أولاد المخلوقين فيه وأولادهم، وأولاد أولادهم أبدًا ما تناسلوا، وهذا لأن قوله: أولاد أولادهن إن كان خاصا فى أولاد الأولاد، فالنسل عام يدخل [فيه، فيدخل] فى الاستحقاق أولاد الأولاد باسم النسل.

١١١٠٥- ولو قال: على ولد المخلوقين وأولاد أولادهم، وسكت، لم يكن لولد ولده شيء؛ لأنه أثبت الاستحقاق لأولاده القيام، ولأولاد أولادهم، فلا يكون لولد الولد شيء.

١١١٠٦- ولو قال: على عبد الله وزيد وعمرو ونسلهم، دخل فى الاستحقاق عبد الله وزيد وعمرو وأولادهم، وأولاد أولادهم أبدًا ما تناسلوا؛ لأنه نص على الأصول الثلاثة، وعلى نسل المضاف إليهم.

١١١٠٧- ولو قال: على عبد الله وزيد وعمرو، ونسله، دخل فى الاستحقاق عبد الله وزيد، وعمرو ومن حصل من أولاد عمرو خاصة؛ لأنه ذكر النسل بطريق الكناية عن واحد منهم، والكناية تنصرف إلى أقرب المكنى ذكرًا، وأقربهم هنا عمرو.

١١١٠٨- ولو قال: على عبد الله وزيد وعمرو ونسلهما، دخل فى الاستحقاق عبد الله وزيد وعمر، ودخل أولاد زيد وعمرو؛ لأنه ذكر النسل بطريق الكناية عن اثنين، فينصرف إلى اثنين، وهما عمرو وزيد، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل.

ولو قال: على ولد عبد الله وعلى ولد زيد، وليس لزيد ولد، كان الغلة كلها لولد عبد الله، وهو نظير الوصية، فإن من أوصى بثلثه لولد عبد الله، ولولد زيد، وليس لزيد ولد، كان الثلث كله لولد عبد الله.

١١١٠٩- ولو قال: على بنى فلان، ثم من بعدهم على المساكين، وليس لفلان [إلا ابن واحد، فله نصف الغلة.

١١١١٠- ولو قال: على ولد فلان، ثم من بعدهم على المساكين، وليس لفلان][(١)] إلا ولد واحد، فالغلة كلها له، وقد مر جنس هذا فيما تقدم.

١١١١١- ولو قال: على ولدى، وولد ولدى الذكور، فإنه يدخل فى الاستحقاق بنوه، وبنى بنيه، وبنوا بناته، وهذا على الرواية التى قال: ولد البنت يدخل فى هذا الباب، فقد جعل قوله: الذكور، راجعًا إلى الولد الأول والثانى ذكرًا، ولم يجعله [راجعًا] إلى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الولد الآخر ذكرًا، وإن كان الولد الآخر ذكرا أقرب إلى لفظ الذكور، إذ لو جعل كذلك دخل فى الوقف البنون والبنات من صلبه؛ لأن البنين والبنات من ولده، ولم يدخل البنات فى هذا الوقف، وإنما كان كذلك؛ لأن المقصد من ذكر الذكور تعريف المستحقين، والمستحقون الولد وولد الولد، فيرجع نعت الذكور إليهم، كأنه قال: على ولدى الذكور وعلى الذكور من ولد ولدى.

١١١١٢- ولو قال: على ولدى، وأولادى الذكور من ولد ولدى، كان هذا وقفًا على البنين والبنات من صلبه، والبنين والبنات من بنيه؛ لأن الذكور هنا مضاف إليهم، والمضاف إليهم فى أولاد أولادهم، إلا ما دون المستحقين[1] .

١١١١٣- إذا قال فى صحته: جعلت أرضى هذه صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا على ولدى، وولد ولدى، وأولاد أولادهم ونسلهم أبدًا ما تناسلوا، فإنه يدخل فى هذه الصدقة كل ولد كان له يوم وقف هذا الوقف [وكل ولد يحدث له بعد هذا الوقف][2] قبل حدوث الغلة، وولد الولد أبدًا. ومن مات منهم قبل حدوث الغلة سقط حصته، ومن مات بعد ذلك استحق سهمه، ويكون ذلك لورثته، والبطن الأعلى والبطن الأسفل فى ذلك على السواء، إلا إذا قال فى وقفه: على أن يبدأ [فى] ذلك بالبطن الأعلى منهم، ثم بالبطن الذين يلونهم، فإن قال: على هذا الوجه، فمات البطن الأعلى إلا واحد، كانت الغلة كلها لهذا الباقى وحده، دون البطن الذى يليه. وإن قال: على أن يبدأ بالبطن الأعلى من الذين يلونهم [على] أن ذلك بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، فجاءت الغلة، والبطن الأعلى ذكور، ولا أنثى معهم، أو إناث لاذكور معهن، فذلك كله بينهم على السواء، وهذا بخلاف الوصية، فإن من أوصى بثلث ماله لولد زيد بينهم للذكر مثل [حظ الأنثيين، وكان لزيد ثلاث بنين، فالثلث يقسم عليهم. وعلى بنت لو كانت معهم، فما أصاب الابنة من الثلث يرد على ورثة الموصى؛ لأن ما يبطل من الوصية يعود إلى التركة ويكون ميراثًا، والوقف لا يكون كذلك.

١١١١٤- وإن قال: على ولدى، وولد ولدى أبدًا ما تناسلوا، ولم يقل: بطنا بعد بطن، لكنه قال: كلما مات أحد، كان نصيبه من هذه الغلة لولده، فالحكم قبل موت بعضهم ما ذكرنا أن الغلة تكون لجميع ولده، وولد ولده، ونسله بينهم بالسوية، وإن مات بعض ولد الواقف لصلبه، وترك ولدًا، ثم جاءت الغلة، فإن الغلة تقسم على عدد القوم على الولد،

---

(١) وفى "ظ": إلى ما دون المستحقين.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وولد الولد، وإن سفلوا، وعلى الذى مات من ولد الصلب، فما أصاب الميت من الغلة، كان ذلك لولده، ويصير لولد هذا الميت بسهمه الذى جعله [له] الواقف، وسهم والده.

وهذا بخلاف الوصية، فإن من قال: أوصيت بثلثى لقرابتى، وكان الموصى له بألف درهم من قرابته، فإنه ينظر إلى ما يصيبه من الثلث، إذا كان من القرابة، وما يصيبه من الألف من جملة الثلث، فيعطى الأكثر من ذلك، ويعطى من وجه واحد، ولا يجمع ذلك له.

١١١١٥- ولو قال: على ولدى وولد ولدى، ونسلهم [وأولادهم] أبدًا ما تناسلوا على أن يبدو فى ذلك بالبطن الأعلى منهم، ثم بالبطن الذى يلونهم إلى آخره بطنًا بعد بطن، وكلما حدث الموت على واحد منهم، وترك ولدًا، أو ولد ولد، كان ما يصيبه من الغلة لولده وولد ولده ونسله أبدًا ما تناسلوا على أن يقدم البطن الأعلى، وكلما حدث الموت على واحد منهم، ولم يترك ولدًا، ولاولد ولد، ولا نسلا، ولاعقبًا، كان نصيبه من هذه الصدقة مردودة إلى أصل هذه الصدقة، فقسمت الغلة سنين على البطن الأعلى، فمات البعض بعد ذلك، وترك ولدًا وولد ولد، فإن الغلة تقسم على أولاد الواقف من كان موجودًا وقت الوقف، ومن حدث بعد ذلك، فما أصاب الأحياء من ذلك أخذوه، وما أصاب الموتى كان لولد من مات منهم على ما شرط الواقف من تقديم البطن الأعلى اعتبارًا لشرط الواقف، ولم يترك الميت من البطن الأعلى ولد الصلب، وإنما ترك ولد ولد، فإن نصيب الميت من الغلة لولد ولده، وهو من البطن الثالث، وكذلك إن كان أسفل من الثالث؛ لأن الواقف كذا شرط.

١١١١٦- وإن كان عدد البطن الأعلى عشرة أنفس، فمات منهم اثنان، ولم يتركا ولدًا ولا ولد ولد، ثم مات اثنان بعد ذلك، وترك كل واحد منهما ولدًا وولد ولد [ولد] ثم مات بعد هذين اثنان آخران، ولم يتركا ولدًا، ولاولد ولد، فتنازعت الأربعة الباقون من البطن الأعلى وولد الابنين الميتين، قسمت الغلة يوم يأتى على هؤلاء الأربعة وعلى الميتين الذين تركا أولادًا [على ستة أسهم، فما أصاب الأربعة كان لهم، وما أصاب الميتين الذين تركا أولادًا][1] كان ذلك لأولادهما، ويسقط سهام الأربعة الموتى الذين لم يتركوا أولادًا، هذه المسألة وأجناسها فى وقف الخصاف فى باب قبل باب الوقف على الغصب بباب.

١١١١٧- ولو قال: أرضى هذه صدقة موقوفة على المساكين على أن يبدأ بولدى لصلبى، فيجرى غلة هذا الوقف عليهم، ثم بعدهم على أولادهم ونسلهم، فإنه يكون الغلة لولده وولد ولده على ما شرط، ثم على المساكين. وكذلك إذا قال: غلة صدقتى هذه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

للمساكين، لا تخرج عنهم، وقال مع هذه: وعلى أن يجرى غلة هذه الصدقة على قرابتى ما بقى منهم أحد، فإن غلة هذه الصدقة تكون لقرابته أبدًا، ثم من بعدهم على المساكين.

١١١١٨- ولو قال: على أن يكون غلتها لعبد الله بن جعفر، ولولد زيد أبدًا ما بقى منهم أحد، فإذا انقرضوا، فهى على المساكين، فإن الغلة تقسم على عدد ولد زيد وعلى عبد الله، فإن كان ولد زيد خمسة، يقسم على ستة أسهم، وعلى هذا القياس جنس هذه المسائل فى [هذا] الباب أيضًا.

١١١١٩- إذا قال: أرضى هذه صدقة موقوفة بعد وفاتى على ولدى، وولد ولدى، ونسلى، ثم مات، فإن الوقف على ولده لصلبه لا يجوز؛ لأن هذا وصية للوارث، والوصية للوارث لاتجوز، وعلى ولد ولده تجوز؛ لأنهم لا يرثونه، ولكن لا يكون الكل لهم ما دام ولد الصلب حيّا؛ لأنهم لم يجعل الكل لهم، فيقسم الغلة فى كل سنة على عدد رؤوس ولد [الصلب، وعلى عدد رؤوس ولد الولد، وولد الولد، فما أصاب ولد الولد فهو لهم وقف، وما أصاب ولد][1] الصلب فهو ميراث بين جميع الورثة حتى يشاركهم الزوج والزوجة وغيرهما؛ لأن الميراث لا يختص به بعض الورثة دون البعض، فإن مات بعض ولد الصلب [فالغلة تقسم على عدد رؤوس ولد الولد، وعلى الباقى من ولد الصلب، فما أصاب الباقى من ولد الصلب][2] يكون بين جميع ورثة الميت الأحياء والأموات منهم، كل من كان حيّا منهم عند موت الواقف، لما ذكرنا أن ولد الصلب إنما يستحق ذلك بطريق الإرث، فلا ينفرد هو به، بل يكون لكل من كان وارثًا عند موت الواقف، ثم من مات منهم تكون حصته لورثته، فمن كان ولد ولد الصلب [الميت] يستحق لوجهين ما يصيبه بالقسمة يستحقه بالوقف، وما يصيب أبوه يستحق بالإرث من جهة أبيه -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل العاشر
فى الوقف على فقراء قرابته

١١١٢٠- إذا قال : أرضى هذه صدقة على فقراء قرابتى ، أو قال : على فقراء ولدى ، ثم من بعدهم على المساكين ، فهذا الوقف صحيح ، والمستحق للغلة من كان فقيرًا يوم مجىء الغلة عند هلال ، وبه نأخذ .

١١١٢١- ولو قال : على من افتقر من قرابتى ، فهذا على من افتقر بعد الغناء عند محمد ، وقال غيره : هذا على من كان فقيرًا يوم مجىء الغلة ، سواء كان فقيرًا من الأصل ، أو كان غنيًّا ثم افتقر ، كقوله : على من احتاج من قرابتى ، فهو على من كان محتاجًا سواء كان وقت الغلة محتاجًا من الأصل ، أو كان غنيًّا ، ثم احتاج ، وكقوله : على من يسكن البصرة من قرابتى ، يعتبر سكناه بالبصرة يوم مجىء الغلة ، سواء كان ساكنًا بالبصرة من الابتداء أو لم يكن ساكنًا ، وإنما سكن الآن .

ثم من له المسكن لا غير ، أو كان له مسكن وخادم ، فهو فقير فى حق الزكاة والوقف ، وكذلك إذا كان له مع ذلك ثياب كفاف لا فضل فيها ، وكذلك إذا كان مع ذلك متاع البيت ما لا غناء عنه ؛ لأن هذه الأشياء من جملة ما لا بد منه .

وإن كان مائتا درهم ، أو عشرون مثقالا ذهب ، فلا حظ له من الوقف ؛ لأنه غنى ، ألا ترى أنه وجب عليه الزكاة .

وإن كان له فضل من متاع البيت أو الثياب ، وذلك الفضل يساوى مائتا درهم فصاعدًا ، فهو غنى لا يحل له الزكاة ، ولا الوقف .

وإن كان له مسكنان وخادمان ، والمسكن الفاضل ، والخادم الفاضل يساوى مائتى درهم ، فهو غنى فى حق حرمة أخذ الزكاة والوقف ، وإن لم يكن غنيًّا فى حق وجوب الزكاة ، وهذا مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى .

١١١٢٢- وإن كان له أرض تساوى مائتى درهم ، وليس يخرج له من غلتها ما يكفيه ، قال أبو يوسف : هو غنى لا يعطى من الزكاة والوقف ، وهو قول هلال ، وقال محمد بن سلمة ومحمد بن مقاتل الرازى : هو فقير ، وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى : إذا كان لا يخرج من الغلة ما يكفيه لنقصان فى الأرض ، فهو فقير ، وإن كان نقصان الغلة لقلة تعاهد هذه

الأرض وقصوره [في القيام] عليها، فهو غني.

فإن كان له مال غائب عنه، أو كان على الناس ديون، وهو لا يقدر على أخذه، حل له أخذ الزكاة والوقف، وإن كان يقدر على الاستقراض، فالاستقراض له خير من قبول الزكاة والوقف، ومع هذا لو قبل الزكاة والوقف والحالة هذه، لا تكره؛ لأنا جعلنا ماله الغائب، والدين الذي لا يقدر على أخذه كأن لم يكن، ولو لم يكن له مال، وهو يقدر على الاستقراض، فلم يستقرض، وأخذ الزكاة والوقف، أليس أنه لا يكره؟ كذا هنا.

١١١٢٣- والفقير الكسوب لا بأس أن يأخذ من غلة الوقف، وإن كان لا يحل له الزكاة؛ لأن باب الوقف أوسع، ألا ترى أنه لا يجوز أخذ الزكاة لفقراء بني هاشم، ويجوز لهم أخذ غلة الوقف إذا سموا في الوقف.

١١١٢٤- وإن كان له دين على مفلس، فهو فقير، وإن كان على مليء، وهو مقر به، فهو مليء، وإن كان منكرا، وله بينة، فكذلك، وإن لم يكن له بينة، فهو فقير.

١١١٢٥- ولو قال: أرضي صدقة موقوفة على فقراء قرابتي، وفيهم رجل فقير يوم مجيء الغلة، فاستغنى قبل أن يأخذ حصته، فله حصته؛ لأن الملك قد وجب له يوم مجيء الغلة، ألا ترى أن [من] مات بعد مجيء الغلة قبل أخذ نصيبه، لا يبطل نصيبه؟ وإنما لا يبطل؛ لما قلنا.

١١١٢٦- فإن ولدت امرأةمن قرابته ولدًا بعد مجيء الغلة لأقل من ستة أشهر، فلا حصة لهذا الولد في هذه الغلة؛ لأن الاستحقاق بصفة الفقر مع صفة القرابة، وصفة الفقر غير ثابت للحمل؛ لأن الفقر هو الحاجة، ولا حاجة للحمل إلى شيء، وإنما يثبت له صفة الفقر بالاتصال عن الأم، فهو كواحد من قرابته كان غنيًا يوم مجيء الغلة، ثم افتقر بعد ذلك، لا يستحق من هذه الغلة شيء، كذا ههنا.

١١١٢٧- ولو قال: على من كان فقيراً من نسل فلان، وليس في نسل فلان إلا فقير واحد، فله جميع الغلة؛ لأن كلمة من مبهمة تصلح كناية عن الجماعة وعن الواحد، قال الله تعالى: ﴿وَمِنۡهُم مَّن يَسۡتَمِعُ إِلَيۡكَ﴾[1] ذكر الاستماع بلفظ الوحدان، ثم قال: ﴿وَجَعَلۡنَا عَلَىٰ قُلُوبِهِمۡ أَكِنَّةً أَن يَفۡقَهُوهُ﴾[2]، بخلاف ما لو قال: على فقراء بني فلان.

١١١٢٨- أو قال: على فقراء آل فلان، وليس فيهم إلا فقير واحد، فله نصف الغلة؛

---

(١) سورة محمد: الآية ١٦.

(٢) سورة الأنعام: الآية ٢٥.

لأنه نص على صيغة الجمع هنا، وأقل ما يطلق عليه اسم الجمع في هذا الباب المثنى، فصار موجبًا لهذا الواحد نصف الغلة.

١١١٢٩- إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على فقراء ولد عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه، ووقف رجل آخر أرضه على مثل ذلك، وفى أولاد عمر فقراء، فأى الغلتين أدركت، فهى لهم.

١١١٣٠- وإن أدركت إحدى الغلتين، فأصاب كل واحد منهم من تلك الغلة مائتا درهم فصاعدًا، ثم أدركت الغلة الأخرى، وعندهم ذلك، فلا حق لهم فى الأخرى؛ لأن صفة الفقر قد بطلت قبل مجيء الغلة الأخرى.

ولو أدركت الغلتان معًا، كانتا لهم، وإن كان نصيب كل رجل منهم من كل ما يصير به غنيًا؛ لأن صفة الفقر قائمة عند الغلتين، وهو نظير ما أوصى به رجلان، كل واحد منهما بثلث ماله لفقراء ولد عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه، فوقع على الرجلين بيت، وماتا، فثلث كل واحد منهما لفقراء ولد عمر، وإن كان ثلث كل واحد منهما يغنيهم.

وكذلك لو كان الواقف رجلا واحدًا، وقد وقف أرضين فى وقتين مختلفين، كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا كان بين رجلين أخوان لأب وأم، وقفًا على فقراء قرابتهما، فجاء فقير واحد من القرابة، ينظر إن كانا وقفًا أرضًا مشتركًا بينهما، يعطى هذا الفقير قوت واحد؛ لأن هذا وقف واحد.

وإن وقف كل واحد أرضًا على حدة، يعطى من كل واحد قوته على حدة، والمراد من القوت فى جنس هذه المسائل الكفاية، فإن كان الوقف أرضًا، يعطى كفاية سنة بلا إسراف ولا تقتير؛ لأن غلة الأرض إنما تحصل بالسنة، وإن كان الوقف حانوتًا، يعطى كفاية كل شهر؛ لأن غلة الحانوت تحصل كل شهر.

١١١٣١- وإذا وقف على فقراء قرابته، فجاء رجل يدعى الغلة، ويدعى أنه قريب الواقف، وأنه فقير، كلف إقامة البينة على القرابة، وعلى أنه فقير محتاج إلى هذا الوقف، وليس له أحد يلزمه نفقته. والقياس أن لا يكلف إقامة البينة على الفقراء؛ لأن الأصل فى الإنسان الفقر؛ لأنه خلق وهو عديم المال، واستحسانًا قلنا: يكلف إقامة البينة على ذلك؛ لأن الاستحقاق بالفقر الأصلى استحقاق بالظاهر واستصحاب الحال، وأنه لا يصلح حجة للاستحقاق، ثم شرط مع إقامة البينة على الفقر إقامة البينة على أنه ليس له أحد يلزمه نفقته؛ لأنه [لا يعتبر] غنيًا بغناء المنفق فى حكم الوقف، وفيه كلمات كثيرة، تأتى بعد هذا -إن شاء

الله تعالى- .

فإن أقام البينة على أنه فقير محتاج إلى هذا الوقف، وليس له أحد يلزمه نفقته، أدخله القاضى فى الوقف، واستحسن هلال أن لا يدخل حتى يسأل عنه فى السر، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وأنه حسن، وقال أيضًا: وإن أتى ببينة أنه فقير على ما قلنا، وسأل القاضى فى السر أيضًا، ووافق خبر السر البينة أنه فقير، وليس له أحد يلزمه نفقته، فإن القاضى لايدخله فى الوقف حتى يستحلفه بالله مالك مال، وأنك فقير، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وأنه حسن أيضًا؛ لأن مال الغير لا يقف عليه غيره فى الحقيقة، وهو يعلم ذلك، فيستحلف عليه، وكذلك يستحلف على قول هلال بالله مالك أحد يلزمه نفقته، وأنه حسن أيضًا، هكذا ذكر الخصاف فى وقفه.

١١١٣٢- وإن شهد شاهدان على فقره، وأخبره عدلان فى السر أنه غنى، فخبر الغنى أولى؛ لأنه يثبت، ولأن المخبر عن الغناء يعلم بعلمه الآخر، قال هلال: والخبر فى هذا الباب والشهادة سواء؛ لأن هذا ليس بشهادة على الحقيقة، بل [هو] خبر.

١١١٣٣- وإن شهد الشهود أنا لا نعلم [له] أحدًا تلزمه نفقته، يكتفى به، ولا يكلف الشاهدان بقطع [القول] بأنه ليس له أحد ينفق عليه، كما فى الميراث إذا شهدوا أنا لا نعلم له وارثًا غيره، يكتفى به، ولا يكلف الشاهدان بقطع القول أنه ليس له وارث غيره.

١١١٣٤- وإذا أراد الرجل إثبات قرابة ولده وفقره فى الوقف، فله ذلك إن كان صغيرًا؛ لأن له ولاية عليهم بخلاف الكبار، فإنهم يثبتون فقرهم بأنفسهم؛ لأنه لاولاية لغيرهم عليهم. ووصى الأب فى هذا بمنزلة الأب، فإن لم يكن لهم وصى، ولاوصى الأب، ولهم أم، أو أخ، أو عم، أو خال، فلهؤلاء إثبات قرابة الصغير وفقره إذا كان الصغير فى حجره استحسانًا؛ لأن هذا محض منفعة فى حق الصغير، فصار كقبول الهبة فى حق الصغير، ولهؤلاء قبول الهبة على الصغير إذا كان الصغير فى حجره، إلا أن بين قبول الهبة وبين إثبات القرابة نوع فرق، فإن غير الأب يقبل الهبة على الصغير وإن كان الأب حيًّا، ولا يثبت قرابة الصغير وفقره إذا كان الأب حيًّا، والفرق أن الهبة ربما تفوت لو انتظر مجيء الأب، بأن يرجع الواهب عما أوجب، أو يقوم من مجلسه، فتبطل الهبة لو انتظر حضور الأب، وهنا لو انتظر حضور الأب لا يفوت على الصغير شيء؛ لأن الأب إذا حضر يثبت قرابة الصغير وفقره فى الأزمنة الماضية، فيستحق الغلات الماضية.

١١١٣٥- ثم إن كان الأم أو العم أو الأخ موضعًا لوضع الغلة أيديهم، فما يقبض

الصغير من الغلة يدفع إليهم، ويؤمرون بالانفاق عليه، وإن لم يكن موضعًا لذلك، يوضع فى يدى رجل ثقة يؤمر بالنفقة عليه.

١١١٣٦- فى "النوازل": إذا وقف على فقراء قرابته، فأراد بعض الفقراء [من قرابته] أن يحلف البعض ما[1] هم أغنياء، إن ادعوا عليهم دعوى صحيحة، بأن ادعوا عليهم مالا يصيرون به أغنياء، كان لهم أن يحلفوهم؛ لأنهم ادعوا عليهم معنى لو أقروا بذلك يلزمهم، فإن كان القيم يميل إليهم، فأراد هؤلاء يحلفوا القيم بالله ما يعلم أن هؤلاء أغنياء، ليس لهم ذلك؛ لأن القيم لو أقر بذلك لم يلزم أولئك شىء، فإذا أنكر لا يستحلف.

١١١٣٧- وإذا أثبت الرجل قرابته وفقره عند قاضى، ثم جاء يطلب وقفًا آخر، لايكلف إعادة البينة على الفقر؛ لأنه ثبت فقره فى وقف، ومن كان فقيرًا فى وقف، كان فقيرًا فى كل وقف، وكذلك لو أثبت قرابته من الواقف فى وقفه، ثم جاء يطلب وقف أخيه، لا يكلف إعادة البينة على القرابة إذا كان الثانى أخ الأول لأبيه وأمه؛ لأنه إذا كان قريب أحد الأخوين كان قريب الأخ الآخر ضرورة، وكذلك لو جاء أخ المقضى له لأبيه وأمه، لا يكلف إعادة البينة على القرابة من الواقف؛ لأن ذلك ثابت ضرورة ثبوت قرابة الأول.

وكذلك لو أثبت رجل فى وقفه أنه من بنى العباس، لا يحتاج إلى إثبات نسبه فى وقف آخر، وكذلك على هذا سائر القرابات.

١١١٣٨- ولو أقام رجل بينة عند القاضى أن القاضى الذى كان قبله قضى بقرابته وفقره قبل هذا بمدة، استحق الغلة، وإن طالت المدة، فى القياس؛ لأن الفقر قد ثبت، فيحسن على ذلك حتى يحدث غيره استحسانًا، وقلنا: إن القاضى يسأله إعادة البينة إذا طالت المدة على أنه فقير، وهذا لأن الإنسان لا يبقى على حالة واحدة زمانًا طويلا، هذا هو الظاهر، وإنما يعتبر الفقر فى كل سنة عند حدوث الغلة [فمن كان فقيرًا قبله استحق تلك الغلة، ومن افتقر بعد ذلك لا يستحق من تلك الغلة][2] إنما يستحق من غلة أخرى.

١١١٣٩- فإذا قضى القاضى أنه فقير، ثم جاء بعد ذلك يطلب الغلة، وهو غنى، وقال: إنما استغنيت بعد حدوث الغلة، وقال شركاءه: لا، بل استغنى قبل حدوث الغلة، فالقياس أن يكون القول قوله؛ لأنا عرفنا فقره، وكان الغناء فى حقه حادثًا، فيحال به على أقرب الأوقات، وفى الاستحسان القول قول الشركاء، ويجعل الحال حكمًا على ما مضى،

---

(١) وفى "ف" و"م": بأنهم أغنياء.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

على ما عرف في كثير من المسائل .

ولو لم يكن القاضي قضى بفقره ، فجاء يطلب الغلة ، وهو غني ، وقال : إنما استغنيت بعد مجيء الغلة ، لا يقبل قياسًا واستحسانًا.

وإن جاء يطلب الغلة ، ويدعى أنه فقير ، وقال الشركاء : إنه غني ، وأرادوا استحلافه ، فلهم ذلك ، يحلفه القاضي بالله ما هو اليوم غني عن الدخول في هذا الوقف مع فقراءهم ، وعن أخذ شيء من غلته .

١١١٤٠- وإذا شهد الشهود على فقره ، وكان ذلك بعد حدوث الغلة ، لم يدخل في تلك الغلة ، وإنما يدخل في الغلة الثانية ، إلا أن يوقتوا فقره ، وكان الفقر قبل حدوث الغلة ، فحينئذٍ ثبت حقه في تلك الغلة .

١١١٤١- ولو أن رجلا أثبت فقره عند القاضي في وقف ، فجاء رجل ، وعليه دين ، وأراد حبسه عند القاضي ، فقال للقاضي : إنك قد قضيت بفقري ، فلا تحبسني ، فالقاضي لا يجيبه إلى ذلك ؛ لأن فقر الوقف دون إعدام الدين ، فإن من كان له مسكن وخادم ، وثياب البدن ، يستحق الوقف ، وفي الدين مثل هذا لا يكون معدمًا .

١١١٤٢- ولو ثبت إعدامه في الدين ، فجاء يطلب الوقف ، فالقاضي لا يكلف البينة على الفقر ؛ لأن الإعدام فوق الفقر ، وثبوت الأعلى يغني عن ثبوت الأدنى[1] .

١١١٤٣- إذا شهد القرابة بعضهم لبعض في الوقف بالفقر ، لا تقبل إذا شهد كل فريق لصاحبه ؛ لأنهم يثبتون مالا مشتركًا ، وإن كان الشهود أغنياء ، شهدوا القرابة لرجل من قرابته لقرابته وفقره ، ذكر الخصاف في وقفه في باب الوقف على فقراء القرابة أنهم إذا لم يجروا إلى أنفسهم منفعة بشهادتهم ، ولم يدفعوا عن أنفسهم بذلك مضرة ، قبلت شهادتهم ، وذكر هو في باب قبل هذا الباب متصل به .

١١١٤٤- لو شهد رجلان ممن صحت قرابتهما لرجل أنه قرابة الواقف ، وفسّروا قرابته أن ذلك جائز . فإن لم يعدل شهادتهما ، فرد القاضي شهادتهما ، فللذي شهد له بقرابة الواقف أن يدخل معهما فيما يصل إليهما من مال الواقف ، ويشاركهما في ذلك .

١١١٤٥- ذكر هلال في وقفه : إذا شهد رجلان أجنبيان بقرابة رجل من الواقف ، وشهد قريبان بفقره ، قبلت شهادتهما من غير تفصيل .

١١١٤٦- قال هلال في وقفه : لو أقر رجل من القرابة أنه كان غنيّا ، ثم جاء يطلب

---

(١) وفي "ظ" و "م" و "ف" : عن إثبات الأدنى .

الوقف، وقال: أنا فقير، وإنما افتقرت قبل حدوث الغلة، لا يقبل قوله، وإن كان فقيراً للحال؛ لأنا قد علمنا غناءه، ولم نعلم فقره بعد ذلك قبل حدوث الغلة بمجرد قوله، ولا يجعل الحال حكما؛ لأن تحكيم الحال عمل بنوع ظاهر، والظاهر لايستحق به شيء.

وإن شهد الشهود أنه أتلف ماله قبل حدوث الغلة، استحق الغلة، وإن قالوا: ألجأه أو اتهمه القاضي بالتلجئة [لا يعطيه] إذا كان ما يلجئه يصل يده إليه.

١١١٤٧- وإذا كانت امرأة فقيرة، ولها زوج غني لا يعطى من الوقف؛ لأن نفقتها على زوجها، والزوج إذا كان فقيراً، يعطى من الوقف، وإن كانت امرأته غنية؛ لأنه لا نفقة للزوج على المرأة، فلا يعد غنيّا. وإذا كان لقريبه ولد كبير لا زمانة به، وهو فقير، ولهذا الولد أولاد صغار فقراء، فإنه لا يعطى أولاد الولد من الوقف، لأني أفرض نفقتهم في مال أحدهم، وأما أبوهم وهو والد القريب لصلبه، فله حظ في الوقف؛ لأنه لا نفقة له على أبيه؛ لأنه كبير لا زمانة به، وإذا كان للرجل ابن غني، وهو فقير، لا يعطى من الوقف؛ لأن نفقته على أبيهم.

١١١٤٨- الأصل في جنس هذه المسائل: أن كل من وجبت نفقته على غيره بالإجماع يعد غنيّا بغنى من وجب عليه نفقته في [حق] حكم الوقف، وذلك كالوالدين والمولودين، وكل من كان في وجوب نفقته اختلاف لا يعد غنيّا بغنى من وجب عليه نفقته في حق حكم الوقف. هذا هو عبارة بعض المشايخ، وعبارة بعضهم أن كل من وجب نفقته في مال إنسان، وله أن يأخذ ذلك من غير قضاء، ولا رضاء، ويقضي القاضي بالنفقة في ماله حال غيبته، ومنافع الأملاك متصلة بينهما حتى لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه يعد غنيّا بغنى المنفق في حق حكم الوقف، وذلك كالوالدين والمولودين والأجداد. وكل من وجبت نفقته في مال غيره بفرض القاضي، ولا يأخذ النفقة من ماله إلا بقضاء أو رضاء، والقاضي لايقضي بالنفقة في ماله حال غيبته، ومنافع الأملاك متميزة حتى يقبل شهادة أحدهما لصاحبه لا يعد غنيّا بغنى المنفق في حق حكم الوقف، وذلك كالإخوة وسائر المحارم، فعلى هذا الأصل تدور المسائل -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل الحادى عشر
فى الرجل يقف أرضه على قرابته فيجيء رجل، فيدعى قرابته

١١١٤٩- إذا وقف أرضه على قرابته قسمت الغلة على قرابته على عدد رؤوسهم، الصغير والكبير والغنى والفقير فيه على السواء؛ لأن اسم القرابة يتناولهم على السواء، والاستحقاق بهذا الاسم. فإن جاء رجل يدعى أنه من قرابة الواقف، فإن كان الواقف حيًّا، فهو على خصمه يثبت عليه قرابته منه؛ لأن الوقف والغلة فى يده، فالمدعى يدعى عليه لنفسه حقًّا فيما فى يده، وهو يمنعه عنه، فينتصب خصمًا له.

١١١٥٠- وإن كان الواقف ميتًا فخصمه وصيه الذى الوقف فى يده، وجعله فيما عليه لما ذكرنا؛ ولأن القيم قائم مقام الميت بإقامة الميت إياه مقام نفسه، فينتصب خصمًا للمدعى كالميت. وإن كان له وصيان أو أكثر، فادعى المدعى على أحدهم جاز، ولا يشترط اجتماعهم.

١١١٥١- ولا يكون وارث الميت خصمًا للمدعى فى ذلك إلا أن يكون متوليًا، وكذلك أرباب الوقف لا يكونون خصمًا للمدعى، أما أرباب الوقف؛ لأنه لا ملك لهم، إنما لهم مجرد الحق، ألا ترى أن المرتهن لا ينتصب خصمًا لمن يدعى عين الرهن؟ وإنما لا ينتصب لأنه لا ملك له فى عين الرهن [وأما الوارث فلأنه لا ملك له فى عين الوقف، والوقف] ليس فى يده، فإذا[1] حضر القيم، وجاء بشاهدين، شهدا على أنه قريب هذا الواقف، فالقاضى لا يقبل شهادتهما حتى يشهدا بنسب معلوم، فشهدا أنه أبوه، أو أخوه، أو عمه أو ابن عمه، أو ما أشبه ذلك [وينبغى مع ذلك][2] أن يبينوا أنه أخوه لأبيه وأمه، أو لأبيه، أو لأمه، والجواب فى هذا نظير الجواب فى فصل الميراث، إذا شهد الشهود بوراثة رجل. وكذلك على هذا إذا وقف على نسله فجاء رجل يدعى أنه من نسل الواقف، فأقام على ذلك بينة لايقبل شهادتهم ما لم يبينوا أنه ولده لصلبه، أو ولد ابنه، أو ولد ابنته، أو ما أشبه ذلك.

فإن فسروا القرابة، وقالوا: لا نعلم له قريبًا آخر سوى هذا القريب، فالقاضى يعطيه

---

(١) وفى "ف" و"م": فإن.

(٢) هكذا فى نسخة "ظ".

الغلة، وإن لم يقولوا ذلك، فالقاضي يتأنى ويتلوم زمانًا، فإن طال ذلك، ولم يظهر له قريب آخر قال: أستحسن أن أعطيه الغلة وآخذ منه كفيلا، وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: لا يؤخذ منه كفيل كما في الميراث.

فإن قال الشهود: له قرابة غيب، فالقاضي يفرز أنصباءهم، فإن قال الشهود: لا ندرى عددهم كم هم، ينبغي للقاضي أن يقول لهم: احتاطوا، ولايشهدوا إلا تيقنوا به، فيقولوا: لا نعلم له قرابة أخرى سوى كذا وكذا.

١١١٥٢- وإن أقام مدعى القرابة شاهدين شهدا أن فلانًا القاضي قضى أن هذا قريب الواقف، وأنه من قرابته، قال هلال: ينبغي للقاضي أن يسألهما عن تفسير القرابة، فإن [فسروا قرابة يستحق بها الوقف، أعطاه، وإلا فلا يعطيه شيئًا، فإن لم يفسروا الشهود، وقد ماتوا، أو غابوا، فالقاضي يسأل المدعى ويستفسره القرابة، فإن][1] ذكر قرابة لا يستحق بها الغلة، لا يعطيه شيئًا، وإن ذكر قرابة يستحق بها يعطيه. وليس هذا نقضًا لقضاء القاضي الأول، [لأن القاضي الأول] قضى بكونه قريب الواقف فقط، ولا ينقض هذا القضاء، ولكن ليس كل قريب يستحق الوقف، حتى لو قضى القاضي له بالغلة، أو قضى بأنه موقوف عليه، فإن القاضي الثاني يمضيه، ويعطيه الغلة.

١١١٥٣- وإن لم يفسر المدعى القرابة أيضًا، أو كان صبيًا، قال هلال: القاضي يعطيه الغلة، ويحمل قضاء القاضي الأول على الصحة، وعلى أنه قضى بقرابة يستحق بها. وقاسه على مسألة، ذكرها محمد في "الزيادات": أن مدعى الميراث إذا أقام بينة عند القاضي، أن قاضي بلد كذا قضى بأني وارث فلان الميت، ولم يزد الشهود على هذا، فهذا القاضي يجعله وارث الميت، ويحمل قضاء القاضي الأول على الصحة، كذا هنا، هذا جملة ما أورد هلال في وقفه.

وذكر الخصاف في وقفه أن شهود المدعى إذا شهدوا أن قاضي بلد كذا قضى أن هذا قريب الواقف، أستحسن أن أجيز هذا، وأحمله[2] على الصحة. ولم يذكر سؤال الشهود، ولا سؤال المدعى، قال الفقيه أبو جعفر: وعندى أنه لايقضى له بالغلة، وليس هذه المسألة في "الزيادات" لأن الوراثة متى ثبتت تستحق بها الإرث على كل حال، وأما القرابة متى ثبتت قد يستحق بها الغلة، وقد لايستحق، فلا تكون القرابة نظير الوراثة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا في جميع النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: حملوه.

١١١٥٤- رجل أثبت قرابته عند القاضى، وقضى القاضى بها، ثم جاء آخر، وادعى أنه قريب الواقف، فلم يجد الوصى، فأراد أن يخاصم المقضى له الأول، فإن كان الأول قد أخذ شيئًا من الغلة، فهو خصم للثانى، وإن لم يكن أخذ شيئًا من الغلة، لم يكن خصمًا للثانى، سواء قدمه إلى القاضى الذى قضى به للأول، أو قدمه إلى قاضٍ آخر.

وهذا استحسان ذهب إليه هلال، والقياس أنه إذا قدمه إلى القاضى الأول أن يجعله خصمًا كما فى مسألة الوصية، فإن مدعى الوصية بالثلث إذا أقام شهودًا أن الميت أوصى له [بالثلث، وقضى القاضى له بذلك، فأعطاه شيئًا من التركة، فجاء رجل، وادعى أن الميت أوصى له][1] بثلث ماله، فلم يجد الوارث، فقدم هذا الموصى له، فهو خصم للثانى؛ لأنه يدعى شيئًا فى ما فى يده، وإن كان الأول لم يأخذ شيئًا من التركة، ، فإن قدمه الثانى إلى قاضٍ آخر، لا يكون خصمًا له، وإن قدمه إلى القاضى الأول جعله خصمًا له يجب أن يكون له الجواب فى القرابة كذلك.

استحسن هلال وفرق بين المسألتين، ووجهه أن الموصى له شريك الوارث، فإذا قدمه إلى قاضى، علم بكونه شريك الوارث، صار كما لو قدم الوارث، فأما الموقوف عليه ليس شريك الوارث، والثانى لا يدعى على الأول شيئًا، إنما يدعى على الواقف أنه قريبه، والموقوف عليه ليس بنائب عن الواقف، فلهذا لا يكون خصمًا.

١١١٥٥- ولو أن رجلا أثبت قرابته من الواقف، وفسّر القرابة، وقضى القاضى له بالغلة، ثم جاء آخر، وأقام بينة أنه ابن المقضى له الأول، فإنه يقضى له بالغلة، ولايحتاج أن يفسر قرابته من الواقف؛ لأن الأول أثبت قرابته من الميت، فإذا أثبت الثانى أنه ابن الأول كان ابن الأول[2] بتلك القرابة ضرورة، وكذلك لو كان المقضى له الأول امرأة، وباقى المسألة بحالها.

١١١٥٦- وإن أقام الثانى بينة أنه أخ المقضى له الأول لأبيه، فالقاضى إن قضى للأول بقرابته من قبل أبيه، قضى للثانى، وإن قضى للأول بقرابته من أمه كان الثانى أجنبيًا عن الواقف. وعلى هذا يخرج جنس هذه الشهادة.

شهادة ابنى الواقف أن هذا الرجل قريب والدنا مع تفسير القرابة مقبولة؛ لأنه لا تهمة فى هذه الشهادة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى حاشية نسخة "ظ": كان ابن الميت بدلا من كان ابن الأول.

١١١٥٧- ولو ادعى قوم أنهم قرابة الميت، وشهد بالقرابة بعضهم لبعض، بأن شهد اثنان لاثنين منهم أنهما قرابة الواقف، وفسراها، ثم شهد الشهود لهما للشاهدين أنهما قرابة الواقف، لا تقبل شهادتهم؛ لأن كل فريقين شهد للفريق الآخر بما له فى شركة، لأن ما من جزء أجزاء المال يثبت لأحد الفريقين إلا وللفريق الآخر فيه [حق][1] الشركة، وإن كان القاضى قد قضى بشهادة الشاهدين الأولين، ثم شهد المقضى لهما للشاهدين، لا تقبل شهادتهما للشاهدين الأولين؛ لأنها لو قبلت تقع الشركة بين المشهود لهما، وبين الشاهدين، وشهادة الشاهدين لأول ماضية على حالها؛ لأنها تأكدت بالقضاء، فلا تبطل بخلاف الفصل الأول، وهو ما إذا لم يقض القاضى بشهادة الشاهدين للأولين حيث لا تقبل شهادتهم جملة؛ لأن هناك شهادة أحد الفريقين لم يتأكد، أما هنا بخلافه.

١١١٥٨- وإذا وقف أرضه على قرابته، فجاء رجل، وادعى أنه من قرابته، وأقر الواقف بذلك، وفسر القرابة، وقال: هذا ممن وقفت عليه، فإن كان للواقف قرابة معروفون، لا يصح إقراره؛ لأن الوقف قد ثبت للمعروفين، فهو بهذا الإقرار يريد إبطال حق المعروفين فى البعض، فلا يصدق كالمريض إذا أقرّ أن هذا أخى، أو عمى، وله ورثة معروفون، فإنه لا يصح إقراره، كذا ههنا.

وهذا إذا كان الإقرار من الواقف بعد عقد الوقف، فأما إذا أقر بذلك فى عقد الوقف [بأن قال فى عقد الوقف][2] هذا ممن وقفت عليه قبل ذلك منه؛ لأن حق الغير لم يثبت بعد، فلم يكن هذا الإقرار مبطلا حقًا على أحد، بخلاف ما إذا كان الإقرار بعد عقد الوقف.

أما إذا لم يكن له قرابة معروفون فالقياس أن لا يصح إقراره؛ لأن الحق قد ثبت للفقراء، فلا يقبل قوله فى تنقيص حقهم، وفى الاستحسان يقبل قوله؛ لأن الحق لم يثبت لشخص بعينه، وهونظير المريض إذا لم يكن له ورثة معروفون، فقال لرجل: هذا أخى لأبى وأمى، صح إقراره، وإن كان فيه إبطال حق بيت المال، والمعنى ما ذكرنا أن الحق لم يثبت لشخص بعينه.

وإذا عرفت الجواب فى إقرار الواقف بالقرابة يبتنى عليه مسألة الشهادة على إقرار الواقف بالقرابة، ففى كل موضع صح إقراره، قبلت الشهادة على إقراره، وفى كل موضع لا يصح إقراره لا تقبل شهادته على إقراره.

---

(١) هكذا فى نسخة "م".

(٢) هكذا فى نسخة "م".

١١١٥٩- قال: وإذا وقف على ولده، ونسله، ثم أقر [لرجل] أنه ابنه، فإنه لايصدق في الغلات الماضية؛ لأنها صارت حقا للمعروفين ويصدق في الغلات المستأنفة؛ لأن النسب ثبت بإقراره، فعند الاستحقاق هو وسائر الورثة على السواء في النسب.

١١١٦٠- وإذا وقف على على قرابته، وجاء رجل يدعى أنه من قرابته، وأقام بينة، فشهدوا أن الواقف كان يعطيه مع القرابة في كل سنة شيئًا، لا يستحق بهذه الشهادة شيئًا، وكذلك لو شهدوا أن القاضي فلان كان يدفع إليه مع القرابة في كل سنة شيئًا، ولا يكون دفع القاضي حجة لأنه يحتمل أن القاضي قضى على بعض قرابة الواقف بإقراره له.

ومما يتصل بهذا الفصل

معرفة قرابة الواقف الذى يستحقون الوقف:

قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: هى كل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أبيه، وكل من يناسبه إلى أقصى أب له فى الاسلام من قبل أمه، المحرم وغير المحرم والقريب والبعيد والجمع والفرد في ذلك سواء.

١١١٦١- فإذا وقف على قرابته، أو على أقرباءه، أو على ذوى قرابته، دخل هؤلاء تحت الوقف عندهما، وقال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: إن فصل الوقف بلفظ الوحدان نحو قوله: على قرابتي على ذى قرابتى، دخل تحت الوقف من كان أقرب إلى الواقف من محارمه إن حصل الوقف بلفظ الجمع، نحو قوله: على ذوى قرابتي، على أقربائى، يعتبر مع ما ذكرنا الجمع، حتى ينصرف اللفظ إلى المثنى فصاعداً.

وتكلم المشايخ رحمهم الله تعالى في معنى قوله: أقصى أب له في الإسلام، قال بعضهم: معناه أقصى أب له أسلم، وقال بعضهم: معناه أقصى أب أدرك الإسلام، أسلم أو لم يسلم، ، وثمرة هذا الاختلاف تظهر في العلوى إذا وقف على قرابته، فعلى قول من شرط إدراك الإسلام [أول أب أدرك الإسلام] أبو طالب، فيدخل تحت الوقف أولاد عقيل، وأولاد جعفر، وأولاد على رضى الله تعالى عنهم، وعلى قول من شرط نفس الإسلام أول أب أسلم على رضى الله تعالى عنه، فيدخل تحت الوقف أولاد على رضى الله تعالى عنه، ولا يدخل تحت الوقف أولاد عقيل وأولاد جعفر.

١١١٦٢- وقال هلال: القرابة إلى ثلاثة أباء، فمن انتسب إلى واحد من الأباء [الثلاث] يدخل في الوقف، وما لا فلا، وقال قوم: القرابة إلى [أربعة أباء].

وإنما اعتبر أبو يوسف ومحمد أقصى أب له فى الإسلام ؛ لأنه لا وجه إلى صرف الوقف إلى القرابة العامة ؛ لأنه يدخل تحت الوقف من كان فى الجاهلية ؛ لأن جميع الناس أقرباءه ؛ لأن الناس [كلهم] أولاد آدم ونوح عليهما السلام ، فلو دخلوا تحت الوقف لا يصيب كل واحد منهم شيئًا منتفعًا [به] ونحن نعلم أن قصد الواقف إيقاع الموقوف عليه ، أما لو اعتبرنا أقصى أب له فى الإسلام ، يصيب كل واحد منهم شيئًا منتفعًا ، فلهذا اعتبرنا ذلك . وإنما سوينا بين القريب والبعيد ، والمحرم وغير المحرم ؛ لأن الاستحقاق باسم القريب ، وهذا الاسم يتناول الكل . وإنما سوينا بين الفرد والجمع ؛ لأن الاستحقاق باسم [القرابة] والقريب ، وأنه اسم جنس ، واسم الجنس ينصرف إلى الواحد مع احتمال الجمع .

وأما أبو حنيفة رضى الله تعالى : إنما اعتبر الجمع فيما إذا حصل الإيقاف بلفظ الجمع عملا بحقيقة اللفظ ، وإنما اعتبر القرابة المحرمة للنكاح ؛ لأن مقصود الواقف صلة القرابة ، فالظاهر أنه يريد [به] قرابة يفترض وصلها ، وإنما اعتبر الأقرب فالأقرب ؛ لأن القرابة مشتق من القرب ، فمن كان أقرب كان أولى بصرف اللفظ إليه .

١١١٦٣- بيان جملة ما ذكرنا إذا كان للواقف عمان وخالان ، وقد حصل الإنفاق بلفظ الجمع ، فعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه الغلة للعمين ؛ لأنه يعتبر الأقرب فالأقرب ، وقرابة العم أقرب من قرابة الخال ، ولهذا كان الميراث للعم دون الخال ، واسم الجمع ينطلق عليهما ، وعندهما الغلة للعمين والخالين أرباعًا ؛ لأنهما لا يعتبران الأقرب ، لما ذكرنا أن اسم القرابة يتناول الكل .

١١١٦٤- ولو كان له عم واحد وخالان ، فعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه للعم نصف الغلة ، والنصف بين الخالين نصفين ؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر الأقرب ، وقرابة العم أقرب ، فكان العم انفرد ؛ لأن العم الواحد [لا يستحق] أكثر من نصف الغلة إذا كان الإيقاف بلفظ الجمع عنده ؛ لأن استحقاق الكل عنده فى هذه الصورة معلق لوجود الجمع ، والواحد ليس بجمع ، لابد وأن ينقص من الكل شيئًا ، وأعلى ما يستحق الواحد مع غيره النصف ، وإنما اعتبرنا الأعلى وهو النصف ؛ لأنه إنما ينقص حقه عن النصف إذا كثر المزاحم ، فلا نهاية على الواحد ، فلا يعتبر المزاحم أكثر من الواحد ، وإذا أخذ العم نصف الثلث ، خرج هو من البين ، وصار الواقف فى النصف الثانى كأنه لاعم له ، فيكون بين الخالين . وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الغلة بين العم والخالين بالسوية لما قلنا ؛ لأنهما يعتبران الأقرب ، ولا يعتبران الجمع .

ثم اختلف المشايخ رحمهما الله تعالى على قول أبي يوسف ومحمد، بعضهم قالوا: إنما يصح الوقف لقرابته إذا كان من يجمعه، وأقصى أب له في الإسلام لا يخرجون عن حد الإحصاء، وعامة المشايخ على أن الوقف صحيح على كل حال؛ لأن هذا وقف أريد به وجه الله، وهو صلة القرابة، فيصح على كل حال.

فبعد ذلك إن كانوا يحصون، فالغلة بينهم على السوية، لا يفضل البعض على البعض، وإن كانوا لا يحصون، صار كأنه وقف على الفقراء، فعلى قول أبي يوسف جاز صرف جميع الغلة إلى الواحد منهم، بناء على أن الفقراء عنده اسم جنس، وعند محمد لا يجوز أن يعطى دون الاثنين بناء على أن عنده الفقراء اسم جمع، وأقل الجمع في هذا الباب المثنى، أصل هذا الاختلاف في الوصايا.

١١١٦٥- ولا يدخل في هذا الوقف ولد الواقف، ولا والده؛ لأن اسم القريب لايتناولهما، قال الله تعالى: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ﴾[1] عطف القريب على الوالد، والشيء لايعطف على نفسه، ولأن اسم القريب ينبئ عن القريب، وبين الوالدين والمولودين بعضية، وإنها تنبئ عن الاتحاد دون القرب.

١١١٦٦- ويدخل في هذا الوقف الجد والجدة، وولد الولد؛ لأن اسم القريب ينطلق عليهم، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أنهم لا يدخلون، والذي ذكرنا في قوله: لأقرباءه ولذي قرابته، وكذا في قوله: لأرحامه ولذوي أرحامه، ولأنسابه، ولذوي أنسابه؛ لأن المعنى يجمع الكل.

١١١٦٧- ولو وقف على ذوي قرابته، أو على قرابته، فالقياس أن تكون الغلة لواحد من قرابته، حتى أنه إذا كان له عم وخالان، فالغلة كلها للعم؛ لأن اللفظ فرد بصيغته، وفي الاستحسان الوقف عليهم؛ لأنه يراد به الجنس، فإنه يراد به التردد، فكأنه عمهم، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: هذه المسألة يجب أن تكون على الخلاف، على قياس مسألة الوصية.

١١١٦٨- وصورة مسألة الوصية: إذا أوصى بثلث ماله لهذا، ولهذا، ولأحد من بني فلان، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: إن الوصية باطلة؛ لأنها وقعت لمجهول، وعلى قول محمد الوصية جائزة، وللورثة الخيار؛ لأنهم قائمون مقام المورث، وعلى قول أبي يوسف: الثلث لهما؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فعلى قياس تلك المسألة: يجب أن

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨٠.

تكون الغلة للكل على قول أبى يوسف، وعلى قول محمد: يجوز إعطاءها للواحد، وقول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: يجب أن يكون كقول محمد؛ لأنه جعل الوصية للواحد، حتى قال: الوصية وقعت للمجهول.

١١١٦٩- ولو كان وقف على [ذوى] قرابته، أو أقرباءه، أو أنسابه، أو أرحامه الأقرب فالأقرب، فإنه يدخل تحت الوقف الأقرب فالأقرب، ولا يعتبر الجمع بلاخلاف؛ لأن قوله: الأقرب فالأقرب خرج تفسيرًا لصدر الكلام، فتكون العبرة له، وأنه اسم فرد، فيتناول الواحد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، والأقرب فالأقرب عندهما.

ومما يتصل بهذا الفصل أيضًا:

١١١٧٠- إذا وقف على أقرب الناس [منه، أو] إليه [ومن بعده على المساكين، وله ابن، أو أب، دخل تحت الوقف؛ لأنه أقرب الناس إليه][1]، ولو كان وقف على أقرب الناس من قرابته، لا يدخلان تحت الوقف؛ لأن فى الفصل الثانى اعتبر الأقرب من قرابته، وابنه وأبوه ليسا من قرابته، وفى الفصل الأول اعتبر الأقرب إليه، والابن أقرب إليه.

١١١٧١- وإن كان له ابن وأبوان، فالغلة للابن؛ لأن الابن أقرب إليه، وكذلك الابنة، فإذا مات الابن أو الابنة، كانت الغلة للمساكين، ولا تكون للأبوين؛ لأنه جعل ذلك للأقرب، ولم يجعل الأقرب فالأقرب.

١١١٧٢- وإن كان له أبوان لا غير، كانت الغلة بينهما نصفان، فإن مات أحدهما، كان للحى النصف، والنصف الآخر للمساكين، وكذلك الأولاد إن كانوا عدة، ومات أحدهم، كانت [حصته للمساكين، وإن كان للواقف أم وإخوة، كانت][2] الغلة للأم دون الإخوة. وكذلك إن كان للواقف أم وجد [فالأم أقرب من الجد ومن الإخوة، والأب أيضًا أقرب. وإن كان الجد أب أب وأخوة][3]، فالغلة للجد فى قول من يرى الجد بمنزلة الأب، وفى قوله الآخر للأخوة دون الجد، فإن كان له ثلاثة إخوة متفرقين، فالغلة للأخ لأب وأم، وإن كان له أخ لأب، فالغلة لهما جميعًا، ولا ينظر فى ذلك إلى الوارث، وعند أبى حنيفة رضى الله تعالى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) هكذا فى "ف"، وكان فى نسخة "ظ": وإن كان جدا أبو أب وإخوة.

عنه الأخ لأب أولى .

١١١٧٣- ولو كان له أب ، وابن ابن ، فالغلة للأب دون ابن الابن ، فإن كان له أخ لأبيه وأمه ، وابن ابن ، كانت الغلة لابن الابن ، فإن كانت له بنت بنت ، وله ابن ابن ابن أسفل من هذه ، كانت الغلة لبنت البنت ، وكذلك الوصية في هذا كله .

ولو كان له أخت لأب وأم ، وبنت بنت بنت ، فبنت بنت البنت أولى ؛ لأنها أقرب ؛ لأنها من صلبه ، والأخت من صلب أبيه ، ولا يعتبر الإرث ، ألا ترى أنه لو كان له مولى العتاقة ، فبنت البنت أولى في الوقف ، وإن كان مولى العتاقة مقدمًا على بنت البنت في الميراث ، فالحاصل أنه يبدأ بولد الواقف ، ثم بولد الأب ، ثم بولد الجد ، فإن كان له أب الأم ، وبنت الأخ لأم ، أو لأب وأم ، فعند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه الجد أولى ، وعندهما بنت الأخ أولى ، ولو كان مكان بنت الأخ بنت البنت ، فهي أولى بالاتفاق .

ولو كان له ابن أخ لأب وأم ، وأخ لأب أو لأم ، فالغلة للأخ ، وإن كان له ابن أخ لأب ، وابن أخ لأم ، فعند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه : الغلة لابن الأخ ، وعندهما الغلة بينهما ، وجنس هذه المسائل في وقف الخصاف في باب الرجل يقف أرضه على قرابته يبدأ بأقربهم .

١١١٧٤- ولو قال : أرضي صدقة في القرابة ، أو على القرابة ، ولم يقل : على قرابتي ، قال : هما سواء ، ويكون ذلك لقريبه ، وكذلك لو قال : للأقارب ، أو للأنساب ، أو لذوي الأرحام ، ولم يضف إلى نفسه ، يكون ذلك على قرابته لمكان العرف؛ ولأن معهود كل إنسان قرابته ، والألف واللام لتعريف المعهود .

١١١٧٥- ولو قال : على قرابتي من قبل أبي وأمي ، أو [قال] على قرابتي من أمي ، فهو على ما قال ، ويقسم الغلة عليهم على عدد رؤوسهم .

ولو قال : على قرابتي من قبل أبي وأمي ، فالغلة تقسم على عدد رؤوسهم ، يستوي فيه من كان من قبل أبيه وأمه ، ومن كان من قبل [أبيه ، ومن كان من قبل] أمه ، ولا يترجح قرابته من قبل أبيه وأمه .

ولو قال : بين قرابتي من قبل أبي ، وبين قرابتي من قبل أمي ، فنصف الغلة يكون لقرابته من قبل أبيه ، ونصفها يكون لقرابته من قبل أمه ، قال : ألا ترى أن من قال : أوصيت بثلث مالي بين زيد وعمرو ، فإذا أحدهما ميت ، فللحي منهما كل الثلث .

١١١٧٦- ذكر الخصاف في وقفه : إذا وقف على قرابته الأقرب فالأقرب ، ومن بعدهم على المساكين ، فالغلة كلها لأقرب قرابته منه واحدًا كان أقربهم ، أو أكثر من ذلك ، ويقسم

عليهم على عدد رؤوسهم، فإن قال بعضهم: لا أقبل هذا، وقبل بعضهم، كانت الغلة لمن [قبل منهم، وسقط من لم يقبل منهم، فإن مات هؤلاء الذين كانوا أقرب إليه، كانت الغلة لمن][١] يليهم، وكذلك كلما انقرض قوم ممن هو أقرب إليه كانت الغلة لمن يلي هؤلاء بطنًا بعد بطن.

١١١٧٧- وكذلك لو قال: يعطى غلة هذا الوقف أقرب الناس نسبًا ورحمًا، ثم الأقرب [فالأقرب] بعد ذلك، وكذلك لو قال: الأدنى فالأدنى، وكذلك إذا وقف على فقراء قرابته الأقرب فالأقرب [يبدأ بالأقرب فالأقرب]، هكذا ذكر الخصاف وهلال عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن القريب والبعيد في هذا سواء، إلا أن يقول: الأقرب فالأقرب.

ثم على ما ذكر هلال والخصاف: إذا وجبت البداية بالأقرب، يعطى مائتي درهم، ولايعطى أكثر من المائتين؛ لأن المقصود من هذا الوقف الإغناء عرف ذلك بذكر الفقراء، والإغناء لا يقع بأقل من المائتين، ولا يعطى أكثر من المائتين؛ لأن الإغناء حصل بقدر المائتين، فلاحاجة إلى الزيادة.

فإن أعطى كل واحد منهم مائتي درهم، وبقي من الغلة شيء يعطى الذي يليه مائتي درهم، فإن أعطى كل واحد منهم مائتي درهم، وبقي من الغلة شيء، فالقياس أن يكون ذلك كله للأقرب فالأقرب، وهناك يعطى الأقرب كل الغلة، فهنا كذلك. وفي الاستحسان يقسم بينهم بالسوية [لأن الأصل كان مقسومًا بالسوية، فكذا الفضل يؤخذ حكمه من الأصل كما قلنا في المواريث: ما فضل من السهام يرد عليهم على قدر الأصول. ذكر هلال المسألة على القياس والاستحسان، والخصاف في جنس هذه المسألة لم يذكر القياس والاستحسان.

١١١٧٨- وصورة ما ذكرها الخصاف: إذا كان أقربهم إليه جماعة، قسمت الغلة بينهم بالسوية][٢] إذا كان الذي يصيب كل واحد منهم مائتا درهم، أو أقله. وإن كان في الغلة من الفضل ما يصيب كل واحد من البطن الأعلى مائتا درهم، ويفضل عنهم، قال: يقسم الفاضل بينهم، قال: وكذلك يكون الحال في كل بطن منهم. وقال أيضًا: إذا كان [قال] يبدأ بالأقرب فالأقرب مني، فيعطى من غلة هذه الصدقة ما يغنيه، قال: يبدأ بأقربهم، فيعطى مائتا درهم، ثم يعطى الذي مثل ذلك، حتى ينتهي إلى آخرهم، فإن فضل شيء من غلة هذه الصدقة، كان ذلك لهم.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١١١٧٩- ولو قال : على فقراء قرابتى على أن يبدأ ، فيعطى جميع الغلة الأقرب فالأقرب ، يعطى الأقرب كل الغلة ؛ لأنه هكذا أوجب ، وإنما كنا نعطيه مائتى درهم بدلالة ذكر الفقراء ، ولا قوام للدلالة إذا جاء الصريح بخلافها .

ولو قال : على فقراء قرابتى ، يعطى منها الأقرب فالأقرب ، يعطى الأقرب مائتى درهم ، ولا يعطى جميع الغلة ؛ لأن الهاء فى قوله : منها كناية عن جميع الغلة ، فقد أوجب بعض الغلة الأقرب ، فلا يعطى جميعها .

ولو قال : على أن ما أخرج الله تعالى من غلاتها يعطى الأقرب فالأقرب من قرابتى ، يعطى الأقرب جميع الغلة ؛ لأن حرف الهاء هنا راجع إلى الأرض دون الغلة ؛ لأن الخارج يكون من الأرض ، فلا يوجب تنقيصا فى الغلة -والله أعلم- .

الفصل الثانى عشر
فى الوقف على أهل البيت، والآل، والجنس والعقب، والجيران وأشباه ذلك

١١١٨٠ - إذا وقف أرضه على أهل بيته، دخل تحت الوقف كل من يتصل به من قبل آباءه إلى أقصى أب له فى الإسلام، يستوى فيه المسلم والكافر، والذكر والأنثى، والمحرم وغير المحرم، والقريب والبعيد. وهذا لأن المراد من البيت المذكور هنا بيت النسب، لا بيت السكنى، وكل من يجمعه ويجمع آباءه[1] بيت نسب، دخل تحت الوقف، ونسب الإنسان من قبل أبيه، وكل من يصل به من قبل آباءه إلى أقصى أب له فى الإسلام، فهو من أهل بيته، ولا يدخل تحت الوقف الأب الأقصى لو كان حيّا؛ لأنه مضاف إليه، والمضاف إليه لا يدخل تحت الإضافة.

ويدخل تحت الوقف ولد الواقف؛ لأن ولد الواقف مضاف إلى أب الواقف الأكبر، وكذلك والده يدخل تحت هذا الوقف، لما قلنا.

١١١٨١ - ولا يدخل تحت هذا الوقف أولاد البنات، وأولاد الأخوات؛ لأنهم لاينسبون إلى أب الواقف الأكبر، إنما ينسبون إلى آباءهم، فصاروا من أهل بيت آخر، وكذلك لا يدخل أولاد من سواهن من الإناث، لما قلنا، إلا إذا كان زوجها من بنى أعمام الواقف وعترته، فحينئذٍ يدخلون؛ لأنهم من أهل بيت نسبه.

١١١٨٢ - والجواب فيما إذا وقف على جنسه كالجواب فيما إذا وقف على أهل بيته؛ لأن الإنسان من جنس قوم أبيه.

١١١٨٣ - والجواب فيما إذا وقف على آله كالجواب فيما إذا وقف على أهل بيته؛ لأن الآل وأهل البيت يستعملان استعمالا واحدًا.

١١١٨٤ - فإن وقفت امرأة على أهل بيتها، أو على جنسها، أو على آلها، لا تدخل تحت الوقف والدتها؛ لأن والدتها لا تنسب إلى أبيها الأكبر الذى هو صاحب بيت نسبها، وكذلك ولدها لا يدخل لهذه العلة.

١١١٨٥ - وإذا وقف على أهله، فالقياس أن يدخل تحت الوقف [امرأته] لا غير، وهو

---

(١) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: أهل.

قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، ذكر القياس في "الزيادات"، ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ثمه، وذكر هلال في وقفه قول أبي حنيفة ولم يذكر القياس، و في الاستحسان يدخل تحت الوقف [كل من في عياله، ونفقته، ويضمنه بيته، هذا هو المتعارف. ولا يدخل تحت الوقف مماليكه؛ لأن][1] مماليكه خدام الأهل، وما يجب لهم فهو للمولى، والمولى لم يدخل تحت الوقف، وأما العيال، فكل من كان في نفقة إنسان، فهو من جملة عياله، سواء كان في منزله، أو غير منزله.

١١١٨٦- وأما الحشم فقد ذكر هلال أن الحشم بمنزلة العيال، ورواه عن أصحابنا رحمهم الله تعالى، وقد قيل: إن الحشم أعم، يقال: للسلطان حشم كثير، إلا أن صاحب الكتاب وضع المسألة في أوساط الناس، وأوساط الناس [لا] يجمعون الجيوش، فلهذا سوى بين العيال والحشم.

١١١٨٧- وإذا وقف على جيرانه، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه الجار من يستحق الشفعة [وشرط هلال والخصاف أن يكون ملازقًا لداره، والالتزاق[2] ليس بشرط، وإنما الشرط أن يستحق الشفعة][3] ملازقا، أو غير ملازق. ثم في ظاهر مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى: الشرط السكنى مالكا [كان] الساكن أو غير مالك، وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن الشرط هو الملك دون السكنى، والصحيح ما ذكر في "ظاهر الرواية" وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: الجار كل من يجمعهم مسجد المحلة، في "الزيادات": قول أبي حنيفة قياس، وقولهما استحسان.

١١١٨٨- والصغير والكبير، والمسلم والكافر في ذلك سواء؛ لأنهم في استحقاق اسم الجار على السواء، والعبيد والإماء لا يدخلون في هذا الوقف، بخلاف المكاتبين؛ لأن الجوار بالسكنى، وسكنى المكاتب مضاف إليه، بخلاف سكنى العبيد والإماء، ألا ترى أن المكاتب يستحق الشفعة، والعبد والأمة لا يستحقان الشفعة.

وقال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: وما ذكر من الجواب في العبيد محمول على ما إذا كانوا [مع الموالي، فأما إذا كانوا] مفردين بأن كانوا مأذونين يدخلون تحت الوقف؛ لأن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفي "م": والافتراق.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

سكناهم فى هذه الصورة يضاف إليهم، ألا ترى أن العبد المأذون يستحق الشفعة كالمكاتب.

١١١٨٩- ومن انتقل من جوار الوقف بعد الوقف، أو استغنى، لم يكن له من الوقف شىء، وإنما ينظر فى هذا إلى مكان جار الوقف يوم تقع قسمة الغلة، لا يوم حدوث الغلة، قال [هلال]: بخلاف القرابة؛ لأن الجوار يزول وينقطع بخلاف القرابة.

١١١٩٠- ولو وقف على جيرانه، وله دار هو فيها ساكن، فانتقل منها إلى دار أخرى، وسكنها بأجر إلى أن مات، فالغلة لجيران الدار التى انتقل إليها، ومات فيها.

ولو وقف على جيرانه، ثم خرج إلى مكة، ومات فيها، قال: إن كان اتخذها دارًا، فالغلة لجيرانه بمكة؛ لأن الجوار ببلده قد انقطع، وإن خرج حاجًا أو معتمرًا، فالغلة لجيران بلده؛ لأن جوارهم لم ينقطع.

١١١٩١- ولو كان له داران، وهو يسكن فى إحداهما، والأخرى للغلة، فإن الغلة لجيران الدار التى يسكن فيها، وإن كان[1] فى كل واحدة منها زوجة، فالغلة لجيران الدارين.

وكذلك لو كانت إحدى الدارين بالبصرة، والأخرى بالكوفة، وله فى كل واحدة منهما زوجة.

١١١٩٢- ولا يدخل فى هذا الوقف ولد الواقف، وإن كان جارًا، وولد الولد يدخل إذا كان جارًا، قياسًا على القرابة، ولا يدخل استحسانًا؛ لأنه لا يسمى جارًا عرفًا، وكذلك زوجته لا تدخل، وأما أخوه، وعمه، وخاله يدخلون؛ لأن اسم الجار يقع عليهم.

ولو وقف على فقراء جيرانه، ومات، فباع ورثته تلك الدار، وانتقلوا إلى ناحية أخرى، فالغلة لجيرانه يوم مات، ولا يلتفت إلى بيع الورثة.

١١١٩٣- ولو وقف على فقراء الجيران [ولم يضف الجيران] إلى نفسه بأن لم يقل: على فقراء جيرانى، فهذا وما لو قال: على فقراء جيرانى سواء، لما قلنا فى القرابة.

وإن كان حين مرض حول ابنه إلى محلة أخرى، أو قرية، ثم مات، فالغلة لجيرانه الأولين، وليس هذا بانتقال.

١١١٩٤- ولو أن امرأة كانت تسكن فى دار، فوقفت على جيرانها وقفًا، ثم تزوجت، وانتقلت إلى بيت زوجها، وماتت فيه، فجيرانها جيران زوجها؛ لأنها تابعة للزوج فى السكنى، فانقطع جوارها الأول، وكذلك [الرجل] إذا تزوج امرأة، فانتقل إليها، انقطع جواره الأول، قالوا: إن كان متاعه فى داره الأولى، فالغلة للأولين؛ لأن جوارهم، لم

---

(١) وفى "م": وإن كان له فى ذلك واحدة منها زوجة.

ينقطع .

وإذا وقف على فقراء جيرانه ، فاعطى الوصى بعضهم دون البعض [ضمن] لأنهم يحصون ، فكانوا متعينين ، فقد دفع حقا مستحقّا لقوم معينين إلى غيرهم ، فيضمن ، بخلاف ما إذا وقف على الفقراء ؛ لأن هناك المستحق ليس بمعين .

١١١٩٥ - وإذا وقف على فقراء جيرانه ، فالأرملة تدخل إذا كانت جاراً ، وذات البعل لا تدخل ؛ لأن سكنى الأرملة مضاف إليها ، فكانت جاراً حقيقة [بخلاف ذات البعل ؛ لأنها تابعة للزوج فى السكنى ، فلم يكن سكناها مضافًا إليها ، فلم يكن جاراً حقيقة][1] .

١١١٩٦ - ولو وقف على إيتام قرابته ، فاليتيم صغير أو صغيرة مات أبوه ، ولم يدركه ، وحياة الأم لا تخرجه من أن يكون يتيمًا ، وكذلك حياة الجد لا تخرجه من أن يكون يتيمًا إذا كان الأب ميتًا .

١١١٩٧ - وإذا أدرك الصغير أو الصغيرة ، فقد خرج من أن يكون يتيمًا ، وإدراك الغلام بالاحتلام ، وإدراك الجارية بالحبل والحيض ، وإن لم يكن شىء من ذلك حتى بلغ خمس عشرة سنة ، ففى المسألة اختلاف ، والمسألة معروفة .

وإن احتلم الغلام بعد مجىء الغلة ، أو حاضت الجارية بعد مجىء الغلة ، فحصته ثابتة له من هذه الغلة ؛ لأن الاستحقاق قد ثبت حين جاءت الغلة ، وهو لم يدرك ، فلا يبطل بالإدراك بعد ذلك ، فإن تنازعوا فى ذلك ، فقال سائر المستحقين : إنما احتلمت [قبل مجىء الغلة ، وقال هو : لا ، بل احتلمت][2] بعد مجىء الغلة ، فالقول قوله ، وكذلك إذا وقع الاختلاف فى حيض الجارية . وهذا لأن الاحتلام أمر حادث ، والحيض كذلك ، والأصل فى الحوادث أن يحال حدوثها على أقرب الأوقات ، توضيحه أن حاصل اختلافهم فى خروجه عن الاستحقاق ، فيكون القول قوله .

١١١٩٨ - وإذا وقف على عقب فلان ، فاعلم بأن عقب الإنسان كل من يرجع بآباءه إليه ، ولا يدخل فيه ولد البنات ، إلا إذا كان أزواج البنات من ولد فلان ، وكذلك أولاد من سواهن من الإناث لا يدخل فى هذا الوقف ، إلا إذا كان أزواجهن من ولد فلان .

١١١٩٩ - ولو وقف على زيد وعقبه ، ولزيد أولاد وزيد حى ، لا يكون لأولاده شىء من الوقف ؛ لأن ولد الرجل لا يسمى عقبه إلا بعد موته .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبتت هذه العبارة من نسخة " ظ " .

وإذا وقف على أهل بيته دخل تحت الوقف من كان موجودًا من أهل بيته، ومن يأتى بعد هؤلاء من أولادهم.

١١٢٠٠- ولو أوصى بثلث ماله لأهل بيته، فإن الوصية لمن كان موجودا وقت موت الموصى، ولمن كان يولد من أهل بيته لأقل من ستة أشهر من يوم مات الموصى، والفرق أن الوصية لا تجوز لمن لم يخلق، والوقف يجوز.

ولو قال: وقفت على فقراء أهل بيتى، أو قال: على من افتقر من أهل بيتى، قال الخصاف: أنظر فى هذا إلى من كان فقيرًا يوم تقع القسمة، ولا أعتبر وقت[1] طلوع الغلة، وكذلك فى كل موضع كان الوقف على الفقراء، فالخصاف يعتبر يوم القسمة، ولا يعتبر يوم طلوع الغلة، قال: لأن الواقف إذا ذكر الفقراء، صار الوقف كالزكاة، لا ينظر إلى يوم الوجوب إنما ينظر إلى يوم الأداء، فكذا هذا.

وفرق هلال بينما إذا كان الوقف على الفقراء والمساكين وبينما إذا كان الوقف على فقراء قرابته، فقال: إذا كان الوقف على [الفقراء والمساكين، يعتبر الفقر يوم القسمة، لا يوم طلوع الغلة، وفيما إذا كان الوقف على][2] فقراء القرابة يوم طلوع الغلة، حتى لو استغنى بعد ذلك، يعطى نصيبه، وإذا مات يورث نصيبه، ولو كان غنيًا يوم طلوع الغلة، ثم افتقر، لا يعطى شىء.

والفرق أن فى الوقف على الفقراء والمساكين الحق غير ثابت للمعين فى الغلة يوم حدوثها، ألا يرى أن للقيم أن يعطى من شاء ويحرم من شاء! وألا يرى أن شهادة الفقيرين على الوقف على الفقراء مقبولة! وإنما يجب الحق بالقسمة، فيعتبر يوم القسمة. فأما فى الوقف على فقراء قرابته الحق قد وجب لهم بأعيانهم، ألا ترى أن القيم لو منع وصية أحدهم، ضمنها له! وألا يرى أنه لا تقبل شهادة الشاهدين من القرابة على هذا الوقف! فعلم أن الحق قد ثبت فى الغلة يوم حدوثها، فلا يبطل هذا الحق بالموت، أو بالاستغناء بعد ذلك.

---

(١) وفى نسخة "ف": يوم بدلا من وقت.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من نسخ "ظ" و"ف" و"م".

الفصل الثالث عشر
فى الرجل يقف أرضه على الفقراء والمساكين فيحتاج أحد من ولده، أو يحتاج هو فى نفسه

١١٢٠١- إذا جعل أرضه صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين، فاحتاج بعض قرابته، وأراد أن يعطى من تلك الغلة، فاعلم أن هنا مسألتان: إحداهما: إذا احتاج الواقف بنفسه، والحكم فيها أن لا يعطى من تلك الغلة شيء، هكذا ذكر هلال فى وقفه.

قال الفقيه أبو بكر الأعمش رحمه الله تعالى: هذا الجواب على مذهب هلال صحيح، فإن من مذهبه أن الواقف لو شرط فى ابتداء الوقف أن يأكل بنفسه ما دام حيّا، لا يصح الشرط، ولا يحل له الأكل، فكذا إذا احتاج بعد ذلك، لا يحل له الأكل، اعتبارًا للانتهاء بالابتداء.

فأما على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى يصح؛ لأن على قوله لو شرط فى ابتداء الوقف أن يأكل بنفسه، صح الشرط، وحل له الأكل، فكذا يحل له الأكل فى الانتهاء إذا احتاج إليه بعد ذلك.

وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف: هذا الجواب صحيح على قول الكل؛ لأن على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى إذا شرط فى ابتداء الوقف أن يأكل إنما يحل له الأكل؛ لأنه بالشرط استثنى الغلة عن حق الفقراء فلم تزل الغلة عن ملكه إنما زالت الرقبة عن ملكه، فيصير آكلا ملك نفسه، أما ههنا الغلة زالت عن ملكه، وثبت فيها حق الفقراء، فلا يصير آكلا ملك نفسه، لو حل له الأكل حل بطريق الصدقة، ولا وجه إليه لأنه يصير متصدقًا على نفسه.

١١٢٠٢- وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: يجوز أن يفرق بين الابتداء وبين الانتهاء، فيقال فى الابتداء: إنما لا يستحق بالشرط؛ لأن الشرط خرج على وجه الفساد، وهنا الوقف قد صح بإضافته إلى الفقراء، فيجوز له التناول بحكم فقره، وهذا كما قال محمد رحمه الله تعالى فى "السير الكبير" إذا قال الأمير: إن قتلت هذا الكافر، فلى سلبه، ثم قتله، لا يستحق السلب؛ لأن كلامه [خرج] على وجه الفساد، وبمثله لو قال: من قتل قتيلا فله سلبه، فقتل الإمام بنفسه كافرا، استحق السلب؛ لأن كلامه خرج على وجه الصحة، فيستحق السلب عند وجود سببه منه.

١١٢٠٣- المسألة الثانية : إذا احتاج بعض قرابته ، فإن كان الوقف في حالة مرض الوصي ، لا يعطى ؛ لأن هذا في معنى الهبة ، والهبة للوارث في مرض الموت لايجوز ، وكذلك إن كان الوقف في حالة الصحة ، ولكن مضافًا إلى ما بعد الموت ، بأن قال : أرضي هذه صدقة موقوفة بعد وفاتي على المساكين ، وهي تخرج من الثلث ؛ لأن هذه وصية ، والوصية للوارث باطلة ، ويعطى ولد ولده إن لم يكن وارثًا ، هكذا ذكر هلال في وقفه .

١١٢٠٤- وذكر الخصاف في وقفه [أنه] إذا أوصى الواقف أن يجعل أرضه صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا بعد وفاته على المساكين ، فاحتاج ولده ، أعطاهم غلة هذه الصدقة ، وليس هذا بوصية ، وأجاب عن قول هلال : إن هذا وصية ، فقال : ليس هذا من طريق الإيجاب .

١١٢٠٥- وإن كان الوقف في حالة الصحة ولم يكن مضافًا إلى ما بعد الموت ، ذكر في "واقعات الناطفي" : أن الصرف إلى ولد الواقف أفضل ، ثم إلى قرابة الواقف ، ثم إلى موالي الواقف ، ثم إلى جيرانه ، ثم إلى أهل مصره ، أيهم أقرب من الواقف منزلا ، وذكر هلال في وقفه أنه يعطى أقل من مائتي درهم ، وهو أولى من سائر الفقراء .

١١٢٠٦- ولو رأى القيم أن لا يعطيه ، كان له ذلك ، وهو قول الفقيه أبي بكر الأعمش رحمه الله تعالى ؛ لأن مقصود الواقف من الوقف الثواب ، والتصدق على فقراء القرابة أكثر ثوابًا ، وإليه أشار عليه الصلاة والسلام في قوله لامرأة عبد الله ابن مسعود حين أرادت أن تتصدق على زوجها : «لكِ أجران ، أجر الصدقة ، وأجر الصلة» ، والدليل عليه أن في باب الزكاة يؤمر بدفع الزكاة إلى قرابته الذين يجوز الدفع إليهم أولا ، ثم إلى جيرانه ، ثم إلى أهل بلده ، ولكن يعطى أقل من مائتي درهم ، ولو أعطى مائتي درهم يجوز ، ويكره ، كما في الزكاة .

١١٢٠٧- وكان الفقيه أبو بكر الإسكاف رحمه الله تعالى يقول : لا يعطى لأحد من قرابة الواقف شيء من هذا الوقف ؛ لأنه لو أعطى صيروه ملكًا بمضي الزمان[١] ، فيؤدي إلى إبطال الوقف . وكان الفقيه أبوالقاسم الصفار رحمه الله تعالى يقول : إن طلب وخاصم ، ونازع القيم ، لا يعطى ؛ لأنه إذا خاصمه في ذلك علم أن قصده التملك ، وإبطال الوقف ، بخلاف ما إذا لم يخاصم ولم ينازع . وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى يقول : إن خاصم القيم ، ونازعه ، لا يعطى ، وإن لم يخاصمه ، ولم ينازعه ، يعطى ، وهو أولى ،

---

(١) هكذا في الأصل ، وكان في النسخ الباقية التي عندنا : بمرور الزمان .

ولكن لا يصرف إليه كل الغلة، بل يصرف البعض إليه، والبعض إلى الفقراء، إن كان يصرف إليه كل الغلة، فإنما يصرف إليه فى بعض الأزمان، دون البعض؛ لأن فى صرف الكل إليهم على الدوام إبطال الوقف عسى؛ لأنه ربما يقع عند الناس أنه ملكهم، فيشهدون له بالملك عند دعواه ذلك لنفسه.

هذا إذا وقف على الفقراء، واحتاج إليه فى بعض قرابته، فأما إذا وقف على فقراء قرابته، يصرف جميع الغلة إليهم، وإن كان نصيب كل واحد منهم أكثر من مائتى درهم؛ لأن الواقف أوجب ذلك. وأما إذا وقف على الأفقر فالأفقر من قرابته، فهنا لا يعطى الكل، إنما يعطى أقل من مائتى درهم.

١١٢٠٨- قال هلال: إذا وقف على الفقراء، جاز صرفه إلى ولده إذا احتاج إليه، وفرق بين الوقف وبين الزكاة، فإنه لا يجوز صرف الزكاة إلى ولده، والفرق أن بوجوب الزكاة لم يزل ملك المالك عن قدر الزكاة[1]، فكان الواجب على المالك الإخراج والتمليك من كل وجه، ولا يتحقق ذلك فيما بين الوالدين والمولودين؛ لأن منافع الأملاك بينهما متصلة، أما الوقف قد زال عن ملك الواقف بنفس الإيقاف، فليس عليه الإخراج والتمليك من كل وجه، وإنما عليه إعانة الفقراء على أخذ حقهم، والإعانة على أخذ الحق يتحقق فيما بين الوالدين والمولودين.

١١٢٠٩- ولو وقف أرضه على أن نصف غلتها للمساكين، ونصفها للفقراء من قرابته، فاحتاج قرابته، وكان الذى سمى لا يكفيهم، أيعطيهم ما جعل للفقراء لفقرهم؟ قال هلال: لا، وهو قول أبى يوسف بن خالد السمتى، وقال إبراهيم ابن يوسف البلخى، وعلى بن أحمد الفارسى، والفقية أبو جعفر الهندوانى: يعطون من نصيب الفقراء؛ لأنهم فقراء قرابته يستحقون بالجهتين جميعًا، كمن وقف أرضًا على قرابته، وأرضًا على جيرانه، وبعض جيرانه قريبه، فإنهم يستحقون من الوقفين بالوصفين.

وجه قول هلال: إنه لما بين نصيب كل فريق، فقد قطع الشركة، وشرط لكل فريق بعضه، فيجب رعاية شرطه. وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أن الواقف إن شرط فى الوقف له أن لفقراء قرابته كذا، وللمساكين والفقراء كذا، يعطى فقراء القرابة من نصيب الفقراء. وإن شرط أن لفقراء قرابتى كذا، والباقى للفقراء، لايعطى فقراء القرابة من نصيب الفقراء. وبه أخذ محمد بن سلمة، وأبو نصر محمد بن سلام البلخى، وجعل هذا نظير

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: عن ملك الزكاة.

الوصية، فإن من أوصى ببعض الثلث لقرابته، وببعضه للفقراء، استحق القريب من نصيب الفقراء إذا كان فقيرًا، وبمثله لو أوصى ببعض الثلث لقرابته، والباقى للفقراء، لا يستحق القريب من نصيب الفقراء، كذا هنا.

١١٢١٠- ولو جعل أرضه صدقة موقوفة على الغارمين، وله قرابة محتاجون، فإنهم لايعطون منها شيئًا إلا أن يكونوا غارمين، اعتبارًا لشرطه، وكذلك إذا قال: فى ابن السبيل، لايعطى قرابته منها شيئًا، إلا أن يكون [فى] قرابته ابن السبيل، وكذا إذا قال: فى سبيل الله، قال: وسبيل الله الغزو والجهاد، وعن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أنهما قالا: جميع وجوه الخير والبر سبيل الله.

١١٢١١- ولو جعل أرضه صدقة موقوفة على الفقراء، فاحتاج قرابته، فرفع ذلك إلى القاضى، فأعطاهم منها القوت، أيكون هذا حكما لهم من القاضى بالأقوات؟ قال هلال: لا، وإنما هنا بمنزلة الفتوى، وليس القضاء بحجة، حتى لو عزل، بطل، وكذا لو رجع بنفسه عمل رجوعه، ولو أعطى القيم غيرهم، لم يضمن، ولو قال: حكمت أن لا يعطى غير قرابته[1]، نفذ حكمه، حتى ليس لقاض آخر أن يبطله.

١١٢١٢- ولو أعطى القيم غير القرابة، ضمن، هكذا ذكر هلال فى وقفه، وقال الفقيه أبو بكر الأعمش رحمه الله تعالى: لا ينفذ حكمه، وجه قوله فى ذلك: أن هذا حكم بخلاف ما يقتضيه الشرع؛ لأن الواقف ما وقف على القرابة، إنما وقف على الفقراء، وحال ما وقف لم يكن هؤلاء فقراء ليدخلوا تحت الوقف من حيث إنهم فقراء. وجه ما ذكر هلال أن مقصود الواقف الأجر والثواب فى الصرف إلى القرابة أكثر، فكان قضاه فى موضع الاجتهاد، فينفذ.

١١٢١٣- ولو وقف أرضًا له على فقراء قرابته، وأرضًا له أخرى على الفقراء والمساكين، ووقف القرابة لا يكفيهم، فإن كان ذلك فى عقدين مختلفين، فالقرابة يعطون من الوقف الآخر ما يكفيهم، وإن كان ذلك فى عقد واحد، لا يعطون، فإنه وقف واحد، وقد قطع الشركة حتى بين لكل واحد نصيبًا، فأما إذا كان فى عقدين، فلم يقطع الشركة، فإذا اجتمع الوصفان، استحق بهما. ويجب أن يكون ما ذكر من الجواب فيما إذا كان العقد واحدًا على قول هلال، ويوسف بن خالد على نحو ما بينا قبل هذا.

١١٢١٤- وإذا وقف أرضه على الفقراء والمساكين، فاحتاج بعض قرابته إلى ذلك، فأعطى من الغلة مائتى درهم فأنفقها، وصار فقيرًا، وقد بقى من الغلة شىء، فإن كان يعلم أن

---

(١) وفى نسختى "ف" و "م": أن لا يعطى قرابته.

إنفاقه في غير فساد، وأنه أنفقها فيما لا بد منه، أو ضاعت، يعطى من النفقة ما يكفيه، وإن علم أنه أسرف، أو أنفق في فساد [لا يعطى؛ لأنه] يكون إعانة على الفساد، وكذلك هذا الجواب في الزكاة، ويصير لهذا الفصل رواية في أن الفقير إذا كان يعلم أنه ينفق في معصية، أو يسرف، أنه لا ينبغي أن يعطى.

١١٢١٥- وإذا وقف على فقراء قرابته، وله قرابة فقراء من غير أهل البلد الذي الواقف فيه، لا يبعث إلى تلك البلدة، ولكن يقسم على فقراءهم في هذه البلدة، وإن بعث القيم إلى تلك البلدة، فلا ضمان عليه، وهو بمنزلة الزكاة -والله أعلم-.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١١٢١٦- إذا قال: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة أبدًا على زيد وولده وولد ولده أبدًا ما تناسلوا، ومن بعدهم على المساكين، على أنه إن احتاج قرابتي، رد عليهم هذا الوقف، وكانت غلته لهم، فكانت قرابته جماعة، فاحتاج بعضهم، وبعضهم أغنياء، يرد هذا الوقف على من احتاج من قرابته.

وكذلك لو قال: إن احتاج موالي، فاحتاج بعضهم، ولو قال: على أن ولد زيد إن ماتوا ردت غلة هذا الوقف على عمرو، فمات ولد زيد، وبقي البعض، لم يرد الغلة حتى يموت كل ولد زيد، وهكذا ذكر الخصاف رحمه الله تعالى. قال: ولا يشبه هذا الباب الأول؛ لأن في الأول قصد إلى الرد على المحتاجين منهم.

١١٢١٧- قال هلال في وقفه: إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة بعد موتي على الفقراء، فمن احتاج من ولدي، وولد ولدي، أُعطي ما يكفيه، كان كما قال، فإن احتاج أحد من ولد صلبه، ينظر إلى ما يكفيه، فيكون ذلك ميراثًا بين جميع الورثة؛ لأنه لا يستحق بالوقف؛ لأنه بمنزلة الوصية، والوصية لا تجوز للوارث، وإنما يستحقه بالإرث، فلا يختص هو به. وإن احتاج بعض ولد الولد، أعطي له ما يكفيه، ويكون ذلك بالوقف؛ لأن الوصية له جائزة. فإن احتاج ولد الصلب، وولد الولد، أعطيا، ثم ما يصيب ولد الصلب يكون بين الورثة، وما يصيب ولد الولد يكون له. وإن احتاجوا جميعًا، يقسم على عدد الرؤوس، ثم الحكم ما ذكرنا من الإرث والوقف، وإن استغنى المحتاج، لا يعطى له، وهذا ظاهر.

وإن قصرت الغلة عما سمى لكل فقير، وكان يكفي لأحدهما، فإنه يبدأ بولد الولد؛ لأن حقه أقوى؛ لأنه لا يجوز من غير إجازة، وحق ولد الصلب لا يثبت إلا بإجازة الورثة، والبداية بالأقوى أولى -والله أعلم-.

الفصل الرابع عشر
فى الوقف على [الموالى، و] المدبرات وأمهات الأولاد والمماليك

١١٢١٨- إذا وقف الرجل أرضه على مواليه، وهو رجل من العرب، فالغلة لكل من أعتقه هذا الرجل قبل الوقف، ولكل من يعتقه بعد الوقف، ولكل من يعتق بعد موته من جهته، كمدبريه، وأمهات أولاده.

فرق بين الوقف والوصية، فإن من أوصى بثلث ماله لمواليه، وله مدبرون، وأمهات الأولاد، فمات الموصى، وعتق هؤلاء بموته، فإنه لا حظ لهم من الوصية. والفرق وهو أن وجوب الوصية يتم بموت الموصى، وولاء المدبر وأم الولد يثبت بعد الموت؛ لأنهم يعتقون بعد الموت، فوقت وجوب الوصية الأولاد يستحقون الوصية، ووقت وجوب الوقف يوم حدوث الغلة، ويوم حدوث الغلة الولاء ثابت، فيستحقون [ذلك].

وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "النوادر": أن لأمهات الأولاد والمدبرين وصية أيضًا، وكذلك يدخل فى هذا الوقف كل من أوصى بعتقه بعد موته. وكذلك لو كان أوصى أن يشترى به رقيق بعد وفاته، فيعتقون، دخلوا فى هذا الوقف.

١١٢١٩- فإن كان لهذا الرجل موالى، أعتقهم هذا الرجل، وموالى الموالى، فالغلة لمواليه، كما فى الولد مع ولد الولد، وهذا لأن مواليه ينسبون إليه بلاواسطة، وموالى الموالى ينسبون إليه بواسطة، فكان الاسم لمواليه حقيقة، ولمولى الموالى مجازًا.

ولو كان له موليان، فالغلة لهما بكمالها؛ لأن اسم الموالى ينطلق عليهما، ولو كان له مولى واحد، فله نصف الغلة، والنصف للفقراء، ولو كان له موالى، وموليات، فالغلة للكل، هكذا ذكر الخصاف، وهلال.

من المشايخ من قال: يجب أن تكون المسألة على الخلاف، على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: لا يكون للموليات شىء، كما لو وقف على بنيه وله بنون وبنات، ومنهم من قال: هذا بالإجماع، فيحتاج أبو حنيفة رحمه الله تعالى على [قول] هذا القائل إلى الفرق بين مسألة البنين ومسألة الموالى [والفرق أن اسم الموالى ينطلق على المواليات عند الانفراد، فإنه يقال لهن: موالى][1]، فلأن جاز أن يشركن عند الاختلاط أولى.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١١٢٢٠- وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "السير الكبير" : إذا استأمن الحربى على مواليه، وله موالى ومولبات، دخلوا فى الأمان، وكذلك إذا أوصى لمواليه، دخلوا جميعًا فى الوصية.

أولاد الموالى يدخلون فى هذا الوقف، لأنهم ينسبون إليه بلاواسطة، وأما أولاد المولبات هل يدخلون فى هذا الوقف؟ ذكر الخصاف فى وقفه أنهم إن كانوا يرجعون بولاء آباءهم إلى الواقف يدخلون، وإن كان ولاء آباءهم إلى قوم آخرين، لم يدخلوا فيه.

١١٢٢١- وإن كان له موالى موالاة، وموالى عتاقة، فالغلة لموالى العتاقة؛ لأنه متفق عليه، وولاء الموالات مختلف فيه، وسبب ولاء العتاقة [لا] يحتمل الفسخ، وسبب ولاء الموالاة يحتمل الفسخ قبل العقد.

١١٢٢٢- وإن لم يكن له إلا موالى موالات، صرفت الغلة إليهم استحسانًا؛ لأنه ليس ههنا من هو أولى منهم(١)، والضعف والقوة إنما يظهر عند المقابلة، والقياس أن يكون الغلة للفقراء.

١١٢٢٣- وإن كان له موالى، ولابنه موالى [قد ورث هو ولاءهم(٢) عن ابنه، فالغلة لمواليه، ولا يكون لموالى ابنه شيء، وكذلك إذا لم يكن له إلا موالى](٣) ابنه لايكون لهم من هذه الغلة شيء، وهذا قياس، وهو قول محمد، ذكر محمد قول نفسه فى "الجامع الكبير" فيما إذا أوصى لمواليه، وله موالى ابنه، وقد ورث هو ولاءهم(٤) عن ابنه.

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى وهو قول هلال: إنه يصرف الغلة إلى موالى ابنه، وأنه استحسان، ويرجع الاستحسان إلى العرف، فإن الناس فى عرفهم وعادتهم يستخيرون إضافة ولاء من أعتقهم أبناءهم إلى أنفسهم.

١١٢٢٤- ولو وقف على مواليه، وأولادهم، ونسلهم، فهو على ما قالوا: لايدخل فى الوقف أولاد بنات مواليه إذا لم يرجعوا بولاء آباءهم إلى الواقف، ذكر هلال فى وقفه أن ولد ابنة مولاه يدخل فى هذا الوقف، قال: لأن ابنة مولاه من جملة مواليه، فولد الابنة يكون

---

(١) وفى نسخة "ف": من هو أولى منهم، والفسخ والضعف والقوة.

(٢) وفى "ظ": قد ورث هولاءهم عن ابنه.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) وفى "ظ" والأصل: هولاءهم.

ولد مواليه، فيدخل تحت هذا الوقف.

١١٢٢٥- قال هلال: ولو كان الواقف قال فى عقد الوقف: ونسلهم الذين يرجع ولاءهم إلىّ لا يكون لأولاد البنات شيء؛ لأنه لا يرجع ولاءهم إلى الواقف.

ولو قال: على موالى، فأعتق هو وآخر عبدًا بينهما، لا يدخل تحت هذا الوقف؛ لأنه ليس مولاه، بل بعض مولاه [ولو][1] قال: على موالى، وموالى موالى وموالى [موالى موالى] دخل الفريق الرابع ومن هو أسفل منهم على قياس مسألة الولد، وهى ما إذا وقف على أولاده وأولاد أولاده، وأولاد أولاد أولاده، دخل فى الوقف الفريق الرابع، ومن هو أسفل.

١١٢٢٦- وإذا وقف على مواليه، ثم أقر لإنسان بعد ذلك أنه مولاه، قد أعتقه، وصدقه الرجل فى ذلك، دخل فى الوقف؛ لأنه ثبت ولاءه بإقراره؛ لأن إقراره صحيح؛ لأنه يملك إثبات الولاء وإنشاءه، بأن يعتق عبدًا، فيملك الإقرار به.

قالوا: وما ذكر من الجواب مستقيم فى الغلة الجائية، غير مستقيم فى الغلات الماضية، والغلات التى حدثت قبل هذا الإقرار؛ لأن ذلك صار ملكًا لمواليه المعروفين، فلا يصدق فى إقراره فى حق إبطال ملكهم عليهم. فإن كان هذا الرجل من الموالى، وله موالى أعتقوه، وموالى أعتقهم، فإنه لا يعطى الفريقين من الغلة شيء، وتكون الغلة للفقراء، وهكذا روى [عن] أصحابنا رحمهم الله تعالى فى الوصية: إذا أوصى بثلث ماله لمواليه، وله موالى أعتقوه، وموالى أعتقهم، فالثلث يرد على الورثة، ولا يعطى الفريقين منه شيئًا.

١١٢٢٧- وإذا أوقف على أمهات أولاده، وله أمهات أولاد ثابتات عنده، وأمهات أولاد قد كان أعتقهن، وأمهات أولاد لم يعتقهن، ولكن زوجهن دخل تحت الوقف أمهات أولاده اللاتى لم يعتقهن من كن عنده، ومن كان زوجهن، ولايدخل تحت الوقف من أعتقهن، وهو قول محمد. وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه قال: القياس فى هذا على وجهين: أحدهما: ما قال محمد، والثانى: أن الثلث لهن جميعًا من كان أعتقهن، ومن لم يعتقهن؛ لأن الكل أم ولد له. وكذلك الجواب فيما إذا وقف على أمهات أولاد زيد [ومدبراته، دخل تحت أمهات أولاده ومدبراته اللاتى لم يعتقهن، دون من كان أعتقهن ، وإن قال: على أمهات أولاد زيد][2]، وعلى موالياته، ولزيد أمهات أولاد قد كان أعتقهن،

---

(١) هكذا فى "ف" و "ظ" و "م"، وكان فى الأصل: بل بدلا من ولو.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وأمهات أولاد لم يعتقهن ، قسمت الغلة بين أمهات أولاده وبين موالياته التى كان أعتقهن ، ودخل اللاتى كان أعتقهن فى موالياته ، ولم يدخل اللاتى لم يعتقهن .

١١٢٢٨- ولو وقف أرضه على سالم غلام زيد ومن بعده على المساكين ، فباع زيد سالمًا ، فالغلة لسالم يدور معه كيف دار ، فإن ملك الواقف سالمًا ، بطل الوقف عن سالم ، ولا للواقف من ذلك شيء ، فإن باع الواقف سالمًا هذا من رجل لايكون لسالم ، ولا لمولاه من غلة الوقف شيء .

ثم فرق بين ما إذا وقف على مملوكه ، فلم يجوزه ، وبينما إذا وقف على أمهات أولاده ومدبراته ، فجوزه ، وهو من مماليكه ، وأشار محمد رحمه الله تعالى إلى الفرق ، فقال : لأن فيهن ضربا من العتق -والله أعلم- .

الفصل الخامس عشر
فى وقف المريض

١١٢٢٩- إذا وقف الرجل أرضه فى مرضه على الفقراء والمساكين، فالوقف جائز من الثلث؛ لأنه تبرع، والتبرع من المريض بمنزلة الوصية المضافة إلى ما بعد الموت، فيعتبر من الثلث، كما لو أوصى بأن يوقف أرضه بعد وفاته، فإنه يعتبر من الثلث، كذا هنا.

فإن كانت الأرض الموقوفة لا تخرج من الثلث، فإن لم يكن له مال آخر سوى هذه الأرض، يجوز الوقف فى ثلث الأرض، ويبطل فى الثلثين، إلا أن يجيز الورثة.

وفرق بينه وبين العتق إذا لم يخرج العبد من الثلث، لا يرد شيء من العبد إلى الرق، ولكن يسعى فى الباقى؛ لأن العتق لا يمكن فسخه ورفعه، بخلاف الوقف؛ لأنه يمكن فسخه بعد موته، فجاز أن يبطل فى الباقى.

١١٢٣٠- وإذا جعل أرضه صدقة [موقوفة] لله تعالى أبدًا على ولده، وولد ولده، [ونسله] أبدًا ما تناسلوا، ومن بعده على المساكين، فإن كانت هذه الأرض تخرج من الثلث، صارت موقوفة يستغل، ثم تقسم غلتها على جميع ورثته على سهام الميراث، حتى إنه إذا كانت له زوجة وأولاد، يعطى لها الثمن، ولو كان له أبوان أولاد، يعطى إليهما السدسان، ويقسم الباقى بين الأولاد، للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنه استثنى الغلة من الفقراء، وجعلها لولده، والاستثناء صحيح، أما الجعل للولد غير صحيح؛ لأنه لا وصية للوارث إلا بإجازة باقى الورثة، فكان استحقاق الغلة فى حقهم بحكم الإرث، فتكون الصحة على سهام الميراث[1].

وهذا إذا كان له أولاد لصلبه، ولم يكن معهم أولاد الأولاد، فإن كان معهم أولاد الأولاد، والباقى بحاله، فإنه يقسم الغلة على عدد رؤوس الأولاد الصلبية وعلى عدد رؤوس أولاد الأولاد، فما أصاب أولاده لصلبه من ذلك، قسمت بين ورثته على فرائض الله تعالى على نحو ما بينا، وما أصاب أولاد الأولاد يقسم بينهم بالسوية؛ لأنه صح جعل الغلة لولد الوالد؛ لأن الوصية لهم صحيحة، فيستحقون نصيبهم بحكم الوقف، وفى الوقف لا يفضل البعض على البعض، فإذا انقرض أولاد الصلب، قسمت الغلة على أولاد أولاده ونسله،

---

(١) وفى "ف" و "م": فتكون القسمة على سهام الميراث.

ولايكون لزوجته و لا لأبويه من ذلك شيء؛ لأنهم يستحقون بحكم الوصية والوقف، لابحكم الإرث.

١١٢٣١- وإن كانت هذه الأرض لا تخرج من الثلث، فإن أجازت الورثة الوقف جاز، وتكون الغلة بينهم بالسوية، لا يفضل الذكر على الأنثى ؛ لأن فى هذه الصورة صح جعل الوقف للأولاد؛ لأن الوصية للوارث صحيحة إذا أجاز باقى الورثة ذلك، فيستحقون الغلة فى هذه الصورة بحكم الوقف، فيكون بينهم بالسوية؛ لأنه لا يفضل فى الوقف، ولا يكون للأبوين والزوجة من ذلك شيء؛ لأن الوصية وقعت للأولاد لا غير.

١١٢٣٢- وإن لم يجيزوا الوقف جاز الوقف من الثلث، وصار ثلث الرقبة وقفًا للفقراء، ويقسم الغلة بين جملة الورثة على فرائض الله تعالى ؛ لأن جعل الغلة للأولاد لم يصح، لما لم يجز الورثة الوقف، أما استثناء الغلة من الفقراء قد صح، فيقسم الغلة بحكم الميراث، فيقسم على سهام الميراث، وهذا الذى ذكرنا قول هلال، والقاضى أبى بكر الخصاف، والفقيه أبى بكر الأعمش، والفقيه أبى بكر الإسكاف رحمهم الله تعالى.

١١٢٣٣- وقال محمد بن سلمة، ونصير بن يحيى: إذا لم يجيزوا الوقف، كانت الغلة للفقراء. وجه ذلك: أن الأرض صارت وقفًا للفقراء، والغلة تبع للأرض، إلا أنه آثر بالغلة، ولم يصح الإيثار لعدم الإجازة، فصار وجود هذه الإيثار والعدم بمنزلة، فيكون للفقراء.

وقال على بن أحمد الفارسى وأبو نصر بن محمد بن سلام[1]: الغلة تكون للفقراء، وإن أجازت الورثة الوقف؛ لأن إجازة الورثة إنما تعمل فى إبطال حقهم، لا فى إبطال حق الفقراء، وقد صارت الغلة حقًا للفقراء، تبعًا للأرض، فلا تعمل إجازتهم فى حقهم، ألا ترى أنه لو عدمت الإجازة، كانت الغلة للفقراء فلا يبطل حقهم بإجازة الورثة، ألا ترى أن حق الموصى له لا يبطل بإجازة الورثة، حتى إن من أوصى لرجل بثلث ماله، وأوصى لوارثه مع ذلك، وأجازت الورثة، لا تعمل إجازتهم فى حق الموصى له بالثلث فكذا فى حق الفقراء.

قال الفقيه أبو جعفر: إذا أجازوا ينبغى أن يكون ثلث الغلة للفقراء، والثلثان للأولاد لاقت حق الورثة، لاحق الفقراء، فتعمل إجازتهم فيه، فيكون ذلك للأولاد.

١١٢٣٤- وإن وقف أرضه على قرابته، فإن كانت قرابته ورثة له، فهذا وما لو كان الوقف على الولد سواء، وإن لم يكونوا ورثة لهم، جاز الوقف عليهم، ويستحقون الغلة بجهة الوصية.

---

(١) وفى "ظ": وأبو نصر محمد بن سلام.

١١٢٣٥- وإن وقف على بعض ورثته، دون البعض، فإن أجازوا، جاز لما قلنا، وإن لم يجيزوا، صارت الأرض وقفًا للفقراء من الثلث، وتكون الغلة على قول هلال ومن تابعه للورثة على قدر مواريثهم، فإن مات الوارث الموقوف عليه، فالغلة للفقراء؛ لأن استثناء الغلة من الفقراء قد بطل بموت الموقوف عليه، فعادت الغلة إلى الفقراء تبعًا للأرض.

١١٢٣٦- وإن مات بعض ورثة الواقف، إلا أن الوارث الموقوف عليه حي، فالغلة لجميع الورثة، ومن مات فنصيب،ه يصير ميراثًا لورثته؛ لأن الموقوف عليه ما دام حيًّا، فاستثنى الغلة من الفقراء صحيح، وبقيت الغلة على ملك الواقف، فيكون[1] ميراثًا لجميع ورثته.

١١٢٣٧- ولو قال: أرضى هذه صدقة موقوفة على ولدى، وولد ولدى، ونسلى، وآخره للفقراء، وأوصى بذلك، والأرض تخرج من ثلث المال، فإن أجازوا، قسمت الغلة بين الولد وبين ولد الولد على عدد رؤوسهم [وإن لم يجيزوا، قسمت الغلة على ولد الصلب، وعلى ولد الولد على عدد رؤوسهم][2]، فما أصاب ولد الولد يقسم بينهم بالسوية، وما أصاب ولد الصلب، فهو ميراث بين جميع الورثة لما مر.

وإن هلك بعض ولد الصلب، وبعض ولد الولد، وخلف بعض ولد الولد، ينظر إلى عددهم يوم تحدث الغلة، ثم ما أصاب ولد الصلب، يقسم على جميع ورثة الواقف يوم مات الواقف على قدر ميراثهم، ثم حصة الميت منهم تكون لورثته؛ لأن الاستحقاق فى هذه الصورة فى حق أولاد الصلب بحكم الميراث، وينظر إلى كل من كان موجودًا يوم موت الواقف، فإن انقرض ولد الصلب كلهم، فالغلة لولد الولد والنسل، ولا شيء لسائر الورثة؛ لأن استحقاق ولد الولد والنسل بحكم الوقف، ولا حصة لسائر الورثة من هذا الوقف.

١١٢٣٨- ولو قال: أرضى هذه صدقة موقوفة على من احتاج من ولده ونسله مما تناسلوا [أو أوصى بأن يوقف أرضه على من احتاج من ولده ونسله ما تناسلوا][3]، وآخره للفقراء، فهو جائز من الثلث، فإن كانوا جميعًا أغنياء، فالغلة للفقراء، وإن كان ولد الولد فقيرًا، فالغلة له، واحدًا كان أو اثنين أو أكثر، فإن كان ولد الصلب فقيرًا، كانت الغلة بين

(١) وفى "ف" و"م": فيصير.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

جميع الورثة على فرائض الله تعالى، وإن كان بعض ولد الصلب فقيرًا، وبعض ولد الولد فقيرًا، قسمت بينهم على عدد رؤوسهم، ثم حصة ولد الصلب تكون ميراثًا بين ورثة الواقف جملة، وحصة ولد الولد تكون له.

١١٢٣٩- ولو وقف أرضه في مرض موته، وأوصى بوصايا، قسمت ثلث ماله بين الوقف وبين سائر الوصايا، فيضرب لأهل الوصايا بوصاياهم، ولأهل الوقف بقيمة هذه الأرض، فما أصاب أهل الوصايا أخذوه، وما أصاب قيمة أرض الوقف، أخرج من الأرض بذلك المقدار، فصار ذلك وقفًا على من وقف عليهم، ولا يكون الوقف المنفذ أولى.

١١٢٤٠- ولو كان مكان الوقف عتقًا موقتًا في مرضه، بأن أعتق عبدًا له في مرضه، وأوصى بوصايا، أو كان له مدبرون، حتى عتقوا بموته، فإنه يبدأ بعتق من أعتق من عبيده، ويعتق من كان مدبرًا، فيخرج قيمتها من ثلث ماله، ويصرف ما بقي من الثلث إلى أصحاب الوصايا.

١١٢٤١- ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على قرابتي بعد وفاتي، يكون الوصية بعين الأرض لقرابته. ولو قال: موقوفة على قرابتي بعد وفاتي، يكون وصية بغلة الأرض لقرابته. والفرق أن الصدقة توجب زوال ملك الرقبة [والوقف لا يمكن زوال ملك الرقبة][1]، فإذا قال: موقوفة، اقتضى أن تكون باقية على ملكه، وتصرف غلتها إلى القرابة، بخلاف ما إذا قال: صدقة.

ولو قال: أرضي هذه يعطى غلتها بعد وفاتي لولد عبد الله ونسله، تكون وصية بالغلة.

١١٢٤٢- ولو قال: أرضي بعد وفاتي موقوفة على المساكين، أو حبيس على المساكين، فهذا الوقف جائز، إذا جعل أرضه صدقة موقوفة على قوم، ومن بعدهم جعل الغلة للورثة، فالغلة تكون للقوم الذي جعل لهم، فإذا انقرضوا، كان الغلة للورثة على قدر مواريثهم، فإذا ماتوا، كانت الغلة للفقراء، هكذا ذكر هلال في وقفه.

وكان الفقيه أبو بكر الأعمش رحمه الله تعالى يجيب أن تكون الغلة بعد ذلك القوم للفقراء؛ لأنه قال: ومن بعدهم للورثة، ولم يبين أن المراد ورثة القوم، أو ورثة نفسه، فوقع الشك في الاستحقاق للورثة، فلا يثبت الاستحقاق، والجواب: أن الواقف ذكر الورثة بالألف واللام، وأنه لتعريف المعهود، ومعهود الواقف ورثته، وقد مرّ جنس هذه المسائل.

١١٢٤٣- وإذا قال: أرضي هذه بعد وفاتي صدقة، يتصدق بعينها، أو يباع ويتصدق

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "ظ" و "ف".

بثمنها؛ لأنه نص على الصدقة، والصدقة للفقراء، فلا تكون فيها جهالة.

١١٢٤٤- إذا قال في مرضه: أرضي هذه صدقة موقوفة على الفقراء، أو أوصى بذلك بعد موته، والأرض لا تخرج من الثلث، حتى جاز في ثلث الأرض، وبطل في الثلثين على ما مر، ثم ظهر للميت مال تخرج الأرض من الثلث، بأن كان قيمة الأرض ألف درهم، وظهر للميت ألفا درهم، صار كل الأرض وقفًا، وإن ظهر له ألف درهم، صار ثلثا الأرض وقفًا، وبطل الثلث؛ لأنه ظهر أن ثلث ماله ثلثا الأرض.

١١٢٤٥- وإن كان القاضي حين أبطل الوقف في الثلثين تصرف الورثة في الثلثين بالبيع، أو الهبة، ثم ظهر للميت مال، ذكر هلال في وقفه أن بيع الورثة جائز ولاينقض، وهكذا ذكر الخصاف في وقفه، وعلل فقال: من قبل أن القاضي أطلق لهم هذين الثلثين وملكهم إياه، فكان تصرفهم بناء على الملك والإطلاق الشرعي[1]، ولكن الورثة يغرمون قيمة الثلثين، فيشترى بها أرضًا أخرى فيوقف، لأنهم استهلكوا ذلك بتصرفهم، فيضمنون.

وكان الفقيه أبو بكر الأعمش رحمه الله تعالى يقول: ينبغي أن ينقض بيع الورثة؛ لأنه إنما ينفذ بيعهم في الثلثين على تقدير أنه ملكهم، فإن الوقف فيه لم يصح، وقد ظهر أن الوقف قد صح فيه. واستشهد الخصاف في وقفه لإيضاح قوله بمسألة الوصية.

١١٢٤٦- فقال: ألا ترى أن رجلا لو أوصى بأرض له لرجل، وليس له مال ظاهر غير هذه الأرض، وأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، فرفعوا إلى القاضي، ورد القاضي الثلثين على الورثة، ثم إن الورثة باعوا ذلك، ثم ظهر للميت مال، يخرج كل الأرض من الثلث، فإنه لا يرد بيعهم، ويضمنون للموصى به قيمة ثلثي الأرض، كذا هنا.

هذا إذا ظهر للميت مال، ولو حصل للميت مال، بأن قتل الواقف عمدًا، ثم إن الورثة صالحوا القاتل على مال، لا ينقض البيع بالاتفاق، إذ لا يتبين أن الملك لم يكن للورثة في الثلثين دون البعض، فما لم يبع يعود وقفًا، وما بيع يشترى بقيمته أرضًا، ويوقف، اعتبارًا للبعض بالكل.

١١٢٤٧- ولو كان على الواقف دين، فباع القاضي الأرض بالدين، ثم ظهر للميت مال كثير، فإن بيع القاضي لا يرد، ولكن يؤخذ من المال الذي ظهر مقدار الثمن الذي باع القاضي الأرض به، ويشترى بذلك أرضًا أخرى، فقد اعتبر الثمن، ولم يعتبر القيمة، حتى لو كانت قيمة الأرض ألف درهم، أو أقل أو أكثر، والقاضي باع الأرض بألف [درهم]

---

(١) وفي "م": والإطلاق الشرعي مالا.

وخمسمائة، يؤخذ من المال الذى ظهر قدر ألف وخمسمائة، وفى حق الورثة اعتبر القيمة، ولم يعتبر الثمن.

والفرق أن القاضى لا يلحقه [العهدة] فلا يمكن إيجاب القيمة، إلا أنه نقل حق أرباب الوقف عن العين إلى الثمن بولاية شرعية، فصح النقل، بخلاف الورثة؛ لأن إيجاب القيمة عليهم ممكن. وروى المعلى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يعتبر القيمة فى الموضعين جميعًا؛ لأنه [ظهر أنه] استهلك على الأرباب أرضهم، إلا أنه تعذر إيجاب ضمان القيمة على القاضى، فيجب فى المال الذى ظهر.

١١٢٤٨- إذا قال: أرضى هذه صدقة موقوفة على ولدى، وولد ولدى، ونسلى، فمن هلك من ولدى لصلبى، فما كان يصيبه بالإرث فهو وقف على ولد ولدى، فهو جائز، ويقسم الغلة على [عدد] رؤوس ولد الولد، وعلى عدد رؤوس ولد الصلب الأحياء، ومن هلك بعد موت الواقف، فما أصاب الولد من ولد الصلب، يكون وقفًا على ولد الولد؛ لأنه وقف عليهم، فالوصية لهم صحيحة. ثم ما يصيب الأحياء يقسم بينهم وبين الأموات، فما أصاب الأموات يكون لورثتهم بالإرث عنهم. فإن أراد الواقف أن يجعل ذلك وقفًا على ولد الولد، فقال: وما يصيب الميت منهم من حصة ولدى الأحياء، فهو وقف على ولد ولدى، فهذا لايجوز؛ لأنا لو جوزنا ذلك، فما يصيبه يصير وقفًا، ويخرج من أن يكون ميراثًا، وقد بقى فى يد الأحياء شىء من الميراث، فلا يختص به، ولا يختصون به، فيؤخذ منهم شىء من ذلك، ثم يصير [ذلك] وقفًا فيرجع فى الباقى حتى لا يبقى فى أيديهم شىء، وذلك لا يجوز.

١١٢٤٩- إذا قال فى مرضه: أرضى هذه صدقة موقوفة على ابنى فلان، فإن مات، فهى موقوفة على ولد ولدى، ونسلى، فلم يجز الورثة ذلك، فهو ميراث بين جميع ورثته، ما دام الابن الموقوف عليه حيًا، فإن مات صار كله للنسل؛ لأنه وقف عليهم، والوقف عليهم صحيح، إلا أنه إنما وقف عليهم بعد موت الابن، فلايستحقون شيئًا حال حياة الابن.

١١٢٥٠- إذا وقف أرضه [فى مرضه] على ولده، وولد ولده، ولا مال له سوى الأرض، فثلث الأرض وقف على ولد الولد، أجازت الورثة أو لم يجيزوا؛ لأن ولد الولد أهل للوصية، والوصية لمن هو أهل للوصية صحيحة بقدر الثلث، أجازت الورثة أو لم يجيزوا، وأما الثلثان فإن لم يجز الورثة ذلك، فذلك ملك الورثة، وإن أجازوا، فذلك بين ولد الصلب وبين الولد.

١١٢٥١- إذا وقف أرضه فى مرضه وقفًا صحيحًا، وله مال تخرج هذه الأرض من

ثلثه، فتلف المال قبل موته، ثم مات، ولا مال له غير هذه الأرض، فإنه يكون ثلثاها وقفًا، وثلثاها ميراثًا، وكذلك إن مات الواقف والمال قائم، فتلف المال قبل أن يصل إلى الورثة، فإنه يجوز ذلك من الثلث، والثلثان يكونان للورثة.

١١٢٥٢- قال الخصاف في وقفه: إذا أوصى أن تكون أرضه صدقة موقوفة بعد وفاته، فحدث في الأرض ثمرة قبل وفاته، ثم توفي، فإن الثمر يكون ميراثًا، والأرض تكون وقفًا، فإن حدثت الثمرة بعد وفاته، فإن كانت الأرض والثمرة يخرجان من الثلث، فذلك كله وقف عليه. ولو وقف الأرض في مرضه وقفًا صحيحًا، وحدث فيها ثمرة قبل وفاته، فإن الثمرة تكون [وقفًا] مع الأرض، ولو كان فيها ثمرة يوم وقفها، وهو مريض، فالثمرة ميراث لورثته.

وإذا قال المريض: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا على زيد، وولده، وولد ولده أبدًا ما تناسلوا، ومن بعدهم على المساكين، فإن احتاج ولدي وولد ولدي كانت غلة هذه [الأرض] لهم دون غيرهم، وكانوا أحق بها ماكانوا محتاجين إليه. فاحتاج إليه ولد لصلبه بعد وفاته، رد جميع الغلة إليهم، ودخل فيها سائر الورثة، فيقسم الغلة عليهم جميعًا.

١١٢٥٣- وإن مات بعض ورثة الواقف، مثل زوجته، أو أمه، ثم احتاج ولد لصلبه، ردت الغلة إليهم، وقسمت بين المحتاجين من ولده، وبين من كان باقيًا من الورثة، ولا ينظر إلى من مات منهم، فإن كان له مال، فإن احتاج أحد من ولدي لصلبي، أجرى على من احتاج منهم من غلة هذه الصدقة بقدر ما يسعه لنفقته بالمعروف، وإن كان الباقي من غلة هذه الصدقة مقسوما بين أهل الوقف، فهو جائز. فإن احتاج خمس أنفس من ولده، نظر إلى ما يسعهم لنفقاتهم سنة إلى إدراك الغلة المستقبلة، فإن بلغ [ذلك] مثلا مائة دينار تقسم هذه المائة بينهم وبين سائر ورثة الواقف، فإذا قسمنا ذلك، أصاب المحتاجين منهم أقل مما يسعهم لنفقة سنة، ويرد عليهم من غلة هذا الوقف ما يصيبهم من ذلك مقدار مائة دينار.

ثم لا بد من بيان مقدار نفقاتهم، قال الخصاف: ينظر ما يحتاج إليه الرجل منهم بطعامه وطعام ولده وخادمه وزوجته، وإدامهم، وكسوتهم لسنة، فيجعل ذلك القدر إليهم.

الفصل السادس عشر
فى الرجل يقف أرضه على وجوه سماها
كيف تقسم الغلة؟

١١٢٥٤- إذا وقف أرضه صدقة موقوفة على عبد الله، وزيد، فالغلة لهما، ولو ماتا، كانت الغلة كلها للفقراء؛ لأن بقوله: صدقة موقوفة جعل الأرض للفقراء، وبقوله: عبد الله وزيد، استثنى الغلة كلها لهما ما عاشا، فإذا ماتا بطل الاستثناء، وعادت الغلة إلى الفقراء، وإذا مات أحدهما، كان النصف للفقراء، اعتباراً للبعض بالكل، وإن سمى جماعة قسمت الغلة بينهم على عدد رؤوسهم، فإن مات أحدهم، صارت حصته للفقراء، والباقى لمن بقى منهم.

١١٢٥٥- ولو قال: على ولد عبد الله، ولم يسم، فما بقى من ولد عبد الله أحد، لم يكن للفقراء؛ لأن اسم الولد عام يتناول الواحد والجماعة، فما بقى أحد فالاسم يتناوله، فتكون الغلة له، بخلاف ما لو قال: على ولد عبد الله فلان وفلان، فمات أحدهما، كان نصف الغلة للفقراء؛ لأن الكلام المبهم إذا تعقبه تفسير، كان الحكم له، فصار كأنه وقف على فلان وفلان.

١١٢٥٦- ولو قال: على زيد وعمرو، ولزيد ثلثه، كان لزيد الثلث، ولعمرو الثلثان؛ لأن فى الابتداء أوجب لهما، وأنه يحتمل المثالثة والمناصفة، وبآخر الكلام بين أنه أراد المثالثة. وكذلك إذا سمى ثلثه، وبين نصيب الاثنين، وسكت عن الثالث، كان الباقى للثالث، وكذلك إذا سمى جماعة، وذكر لبعضهم أرزاقًا معلومة، فإنه يعطى ما سمى لمن سمى، والباقى لمن لم يسمٍّ.

ولو سمى زيداً وعمروًا، وجعل النصف لزيد، والثلثان لعمرو، فإنه يقسم على سبعة على طريق العول، [يعطى] لزيد ثلاثة، ولعمرو أربعة على قياس الفرائض.

١١٢٥٧- ولو قال: لزيد النصف، ولعمرو الثلث، وسكت، ويعطى لكل واحد ما يسمى، والباقى بينهما نصفان؛ لأنه فى الابتداء أضاف إليهما على السواء، فيقتضى التسوية بينهما إلا بقدر ما وجد التفصيل، ففى ما لم يوجد التفصيل، يعتبر الإضافة السابقة، فيكون بينهما، وكذلك إن سمى جماعة وسمى لكل واحد منهم شيئًا، فإن زادت الغلة على ما سمى،

كانت الزيادة بينهم على السوية، وإن نقصت، يتضاربون بما سمى لهم.

١١٢٥٨- ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة لعبد الله من غلاتها مائة درهم، ولزيد مائتان، فزادت الغلة، فالغلة الزائدة تكون للفقراء، ولا تكون بينهما، بخلاف المسألة الأولى [لأنه هنا أطلق] الوقف حيث قال: أرضي صدقة موقوفة، ولو اقتصر عليه، كانت الغلة للفقراء، فلما قال: لعبد الله من غلاتها مائة درهم، ولزيد مائتان، فقد استثنى هذا القدر عن حق الفقراء، فما بقي يبقى على أصل الوقف.

أما في المسألة الأولى جعل الوقف على زيد، ثم فضل أحدهما على الآخر، فما بعد التفضيل يصرف إليهما على السوية قضية للإيجاب، واعتبر هذا بالوصية، فإن من قال: أوصيت بثلث مالي لزيد وعمرو، ولزيد منه مائة، ولعمرو مائتان، وثلث ماله خمسمائة، يعطى زيد مائة، وعمرو مائتان، وما بقي يكون بينهما.

١١٢٥٩- ولو قال أوصيت لزيد بمائة من ثلث مالي، ولعمرو مائتين، وثلث ماله خمسمائة، كان الباقي للورثة، إلا أن فرق ما بين الوصية والوقف، أن الباقي في الوصية يصرف إلى الورثة، وفي الوقف يصرف إلى الفقراء، أما في ما عدا ذلك، يستويان.

١١٢٦٠- ولو قال: صدقة[1] موقوفة على أن لزيد مائة، ولعمرو ما بقي، فلم تكن الغلة إلا مائة، فلا شيء لعمرو؛ لأن نصيب زيد معلوم مسمى، ونصيب عمرو مجهول، ولا معارضة بين المعلوم المسمى وبين المجهول.

١١٢٦١- ولو قال[2]: صدقة موقوفة لعبد الله نصفها، ولزيد منها مائة، يعطى عبد الله نصفها، ويعطى زيد من النصف الباقي مائة، والفضل للفقراء، ولو لم تكن الغلة إلا مائة، فالغلة كلها لزيد، ولا شيء لعبد الله، ولو كانت الغلة مائتا درهم، فلعبد الله مائة، ولزيد مائة، ولا شيء للفقراء، ولو كانت الغلة مائة وخمسين، فلزيد مائة، وما بقي فلعبد الله؛ لأنه لو قال: على عبد الله وزيد، لزيد مائة، كان زيد مقدمًا على عبد الله؛ لأن نصيب زيد معلوم، ونصيب عبد الله مجهول، وكما أن الكل مجهول، فالنصف أيضًا مجهول، فإذا قال: لزيد مائة، ولعبد الله نصفها، كان زيد مقدمًا على عبد الله أيضًا.

قال هلال رحمه الله تعالى: وفي المسألة قول آخر، إذا قال: لعبد الله نصفها، ولزيد مائة، والغلة مائة وخمسون، فزيد يضرب بمائة، وعبد الله بخمسين، فيقسمان كذلك، حتى

---

(١) وفي "م": أرضي صدقة.

(٢) وفي "م": ولو قال: أرضي صدقة.

يكون ما يصيب زيداً مائة، فحينئذٍ يعطى زيد مائة، وعبد الله النصف، والفضل يكون للفقراء.

١١٢٦٢- ولو قال: أرضى هذه صدقة موقوفة على فقراء قرابتى، يعطى كل واحد منهم فى طعامه وكسوته ما يكفيه بالمعروف، قال: ويتخاصون[1] فى ذلك، يضرب كل واحد منهم بما يكفيه، وهذا لأن الكفاية فى نفسها مختلفة، من الناس من يكفيه القليل، ومنهم من يكفيه الكثير، ومنهم من له عيال، فان وفى الغلة بكفايتهم، يعطى كل واحد منهم كفايته، وإن نقصت يتضاربون بذلك، وإن فضلت الغلة على كفايتهم، كان الفضل مقسوماً بينهم على عدد رؤوسهم.

١١٢٦٣- ولو قال: أرضى هذه صدقة موقوفة، فما أخرج الله تعالى من غلاتها، أعطى [من ذلك] كل فقير من قرابته فى كل سنة ما يكفيه من طعامه وكسوته بالمعروف، ففضلت الغلة عن ذلك، فالفضل يكون فى الفقراء، بخلاف الفصل الأول؛ لأن فى الفصل الأول وقف على فقراء قرابته، وفى الفصل الثانى أطلق الوقف، لو اقتصر على قوله: صدقة موقوفة، كانت الغلة للفقراء، وقد قررنا هذا الفرق فى أول هذا الفصل.

١١٢٦٤- ولو قال: أرضى هذه صدقة موقوفة، فما يخرج من غلاتها فلزيد وعبد الله ألف درهم، لعبد الله من ذلك مائة، فخرج من غلاتها ألف درهم، كان لعبد الله مائة، والباقى لزيد؛ لأنه جعل الألف لهما، ثم بين نصيب أحدهما، فيكون ذلك مائة، بيانه أن الباقى للآخر، فإن خرجت خمسمائة، قسمت الخمسمائة بينهم على عشرة أسهم؛ لأنه أوجب الألف لهم على عشرة لما بين لزيد مائة ولو قال: ما أخرج الله تعالى من غلاتها، يخرج منها كل سنة ألف درهم، يعطى منها عبد الله مائة، ولزيد ما بقى، فنقصت الغلة عن الألف، يبدأ بعبد الله، فيعطى منها مائة، فإن بقى شىء كان لزيد، وإن لم يبقَ شىء، فلا شىء لزيد؛ لأنه فى هذه الصورة جعل لزيد الباقى، بخلاف الفصل الأول.

١١٢٦٥- ولو قال: أرضى صدقة موقوفة، فما أخرج الله تعالى من غلاتها، فهو لعبد الله، والفقراء، والمساكين، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى وهو قول هلال: النصف لعبد الله، والنصف للفقراء والمساكين؛ لأن الفقراء والمساكين عندهما جنس واحد، واسم الجنس يقع على الواحد، فكأنه وقف على عبد الله وزيد، وأما على قول أبى حنيفة رضى الله الله تعالى عنه يكون ثلث الغلة لعبد الله، والثلث للفقراء، والثلث للمساكين؛ لأن عنده الفقراء والمساكين جنسان مختلفان، واسم الجنس يقع على الواحد، فكأنه وقف على ثلاثة نفر، وأما

---

(١) وفى "ف": يتخاصمون.

عند محمد رحمه الله تعالى: فالغلة تكون على خمسة أسهم، سهم لعبد الله، وسهمان للفقراء، وسهمان للمساكين؛ لأن عنده الفقراء والمساكين جنسان، كل واحد منهما اسم جمع، وأقل ما ينطلق عليه اسم الجمع فى الوصايا المثنى، والوقف نظير الوصايا.

أصل المسألة ما ذكر فى "الجامع الصغير":

١١٢٦٦- إذا أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده (وهن ثلاثة) وللفقراء والمساكين، فعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه يقسم ثلث ماله على خمسة أسهم، سهم للفقراء، وسهم للمساكين، وثلاثة أسهم لأمهات أولاده، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: يقسم ثلث ماله على سبعة أسهم، سهمان للفقراء، وسهمان للمساكين، وثلاثة أسهم لأمهات أولاده.

ثم لا بد من تفسير الفقراء والمساكين على قول من يقول: بأنهما جنسان، وقد اختلفوا فيه، بعضهم قالوا: الفقير الذى يسأل، والمسكين الذى لا يسأل، وقال بعضهم: على عكس هذا، قال بعضهم: الفقير الذى له شىء، والمسكين الذى لا شىء له، وقال بعضهم: الفقير الذى به زمانة، والمسكين الذى لا زمانة به.

ولو قال: فما أخرج الله تعالى من هذه الأرض فلقرابتى، والمساكين، فعلى قول أصحابنا رحمهم الله تعالى: يضرب كل واحد من القرابة بسهم؛ لأنهم معيّنون، ويضرب للمساكين بسهم عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وهلال، وعند محمد: يضرب للمساكين بسهمين.

١١٢٦٧- ولو قال: لقرابتى وجيرانى، وموالى، والمساكين، يضرب كل واحد من القرابة، وكل واحد من الجيران، وكل واحد من الموالى بسهم، والمساكين بسهم، وعند محمد رحمه الله تعالى بسهمين. ولو قال: للفقراء والغارمين وفى سبيل الله وفى الرقاب يضرب كل فريق من هؤلاء بسهمين عند محمد، وعند أبى يوسف: بسهم.

١١٢٦٨- ولو قال: صدقة موقوفة فى وجوه الصدقات، [فإن وجوه الصدقات] الأصناف المذكورة فى كتاب الله تعالى فى آية الزكاة، إلا أن فى الوقف لا يعطى العاملين، والمؤلفة قلوبهم؛ لأن ما يأخذه العامل عمالة، ولا عمالة فى الوقف، ، والمؤلفة قلوبهم قد ذهبوا، فيقسم الآن على الفقراء والغارمين، وفى سبيل الله وابن السبيل وفى الرقاب.

الفصل السابع عشر
فى الرجل يقف أرضه على قوم، فلا يقبلون
أو يقبل بعضهم دون البعض أو يكون بعضهم حيّا، وبعضهم ميتًا

١١٢٦٩- إذا قال: أرضى هذه صدقة موقوفة على عبد الله، فقال عبد الله: لا أقبل، فالوقف جائز، والغلة للفقراء، قد ذكرنا غير مرة أن بقوله: أرضى هذه صدقة موقوفة جعل الأرض للفقراء، وبقوله: على عبد الله جعل الغلة له حال حياته بطريق الاستثناء عن حق الفقراء، فإذا لم يقبل عبد الله بطل حقه وبطل الاستثناء فبقيت الغلة للفقراء بأصل الوقف.

١١٢٧٠- ولو قال: صدقة موقوفة على ولد عبد الله ونسله، فأبى رجل من ولد عبد الله أن يقبل، فالغلة لمن قبل منهم، ويجعل من لم يقبل بمنزلة الميت، هكذا ذكر هلال والخصاف.

وذكر الخصاف بعد هذه المسألة مسألة تناقضها من حيث الظاهر، فقال: ولو قال: على زيد وعمرو ما عاشا، ومن بعدهما على المساكين، فقال زيد: قبلت، وقال عمرو: لا أقبل، قال: لزيد نصف الغلة، والنصف الآخر للمساكين، وعلى قياس المسألة الأولى: ينبغى أن تكون الغلة لزيد. ووجه التوفيق أن فى المسألة الأولى سمى ولد عبد الله، واسم الولد ينطلق على من قبل، فجاز أن تكون [كل] الغلة له، وفى المسألة الثانية سمى رجلين، واسم الرجلين [لا] ينطلق على الذى قبل.

قال هلال فى وقفه عقيب المسألة الثانية التى ذكرها: فرق بين الوقف وبين الوصية، فإن من أوصى بثلثه لولد عبد الله، فمات الموصى، وولد عبد الله أربعة، فلم يقبل واحد منهم عادت حصته إلى ورثة الموصى، قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: ولا فرق بين المسألتين من حيث الحقيقة، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، وضع المسألة فى الوصية فيما إذا رد واحد منهم بعد موت الموصى، وبعد موت الموصى وجب الحق لهم، لما عرف أن وجوب الحق فى باب الوصية يوم موت الموصى، فيعمل رد الراد، ويبطل حقه، وتعود حصته إلى الورثة، ومسألة الوقف محمولة على ما إذا رد واحد منهم قبل حدوث الغلة، [وقبل حدوث الغلة] حق الموقوف عليه غير ثابت، وإنما يثبت بعد حدوث الغلة، فلا يعمل رد من رد، بل يجعل كالميت، فتكون الغلة للباقى، فهذا القائل يقول: لو رد بعد حدوث الغلة، تكون حصته للفقراء، كما فى الوصية، ولو رد بعد موت الموصى، تكون حصته للورثة، وهذا القائل

يقول: لو رد أحد الموصى لهم الوصية قبل موت الموصى، لايعمل، ولا تكون حصته للورثة، كما فى الوقف إذا رد قبل حدوث الغلة[1]، فإذا على قول هذا القائل لافرق بين الوصية وبين الوقف.

ومن المشايخ من قال: فرق بين الوصية والوقف، فقال فى الوقف: وإن رد بعد حدوث الغلة، كانت الغلة للذى قبل بكمالها، بخلاف الوصية، والفرق ما ذكرنا من وجه التوفيق.

١١٢٧١- ولو قال: صدقة موقوفة على ولد عبد الله ونسله، فلم يقبلوا جملة، كانت الغلة للفقراء، ولو حدث له ولد بعد ذلك، فقبل، كانت الغلة له [لأن رد من رد لا يعمل فى حقه، واسم الولد يقع عليه، فتكون الغلة له][2]، فإن أخذ الغلة سنة، ثم قال: لا أقبل، ليس له ذلك، ولا يعمل رده.

قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: هذا الجواب صحيح فى حق الغلة المأخوذة؛ لأنها صارت ملكًا له، فلا يملك رده، فأما الغلة التى تحدث بعد هذا، فلا ملك له فيها، إنما الثابت فيها مجرد الحق، ومجرد الحق يقبل الرد، وإن قال: أقبل سنة، ولا أقبل فيما سوى ذلك، فهو كما قال، وعمل بقوله[3] فى تلك السنة وحدها.

وكذلك إذا قال: لا أقبل سنة، وأقبل فيما سوى ذلك، فهو كما قال، وتكون بمنزلة الوصية بالإعتاق إذا قبلها فى البعض دون البعض -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

---

(١) وفى "ظ": قبل حصول الغلة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من نسختى "ظ" و"ف".

(٣) وفى "ظ": قبوله مكان بقوله.

الفصل الثامن عشر
فى الرجل يقف على جماعة، ثم يستثنى بعضهم بصفة خاصة
وفى الرجل يقف على جماعة موصوفين بصفة
فتزول تلك الصفة عن كلهم أو بعضهم

١١٢٧٢- ذكر فى "فتاوى أبى الليث" : إذا وقف وقفًا على أمهات أولاده إلا من تتزوج، فإنه لا شيء لها، فتزوجت واحدة منهن، فلا شيء لها، فإن طلقها زوجها بعد ذلك، فلا شيء لها أيضًا؛ لأنه استثنى من تتزوج منهن إلا إذا شرط أن من تزوجت فطلقها زوجها فلها أيضًا؛ لأنه استثنى من هذا المستثنى، والمستثنى من النفى إثبات.

وكذلك لو وقف على بنى فلان إلا من خرج من هذه البلدة، فخرج بعضهم، ثم عاد، فهو على هذين الوجهين.

وكذلك لو وقف على أبناء فلان ممن يتعلم العلم، فتركه بعضهم، ثم اشتغل، فهو على هذين الوجهين.

١١٢٧٣- وفيه أيضًا: رجل وقف أرضه على ساكنى مدرسة كذا من طلبة العلم، فسكن فيها إنسان، ولكن لا يبيت ثمه، ويشتغل بالحراسة، فله الوظيفة إذا كان يأوى فى بيت من بيوت، وله السكنى ثمه؛ لأنه يعد ساكنا فى ذلك الموضع، ولو اشتغل بالحراسة فى الليل وبالنهار يقصر فى التعلم، إن اشتغل بالنهار بعمل آخر، حتى لا يعد من جملة طلبة العلم، فلا وظيفة له، وإن لم يشتغل بعمل آخر حتى يعد من جملة طلبة العلم [فله الوظيفة. هذا إذا وقف على ساكنى مدرسة كذا من طلبة العلم][1]، فأما إذا وقف على ساكنى مدرسة كذا، ولم يقل: من طلبة العلم، فكذلك الجواب أيضًا؛ لأنه هو المتفاهم حتى لم يكن لساكنى مدرسة كذا من غير طلبة العلم شيء.

١١٢٧٤- فيه أيضًا: المتعلم إذا كان لا يختلف إلى الفقهاء، فهو على وجهين: إما إن كان فى المصر، أو خرج من المصر، فإن كان فى المصر إن اشتغل بكتابة شيء من الفقه لنفسه مما يحتاج إليه، فلا بأس بأن يأخذ الوظيفة؛ لأنه مشتغل بالتعلم؛ لأن هذا من جملة التعلم، وإن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من نسخة "ظ".

اشتغل بشيء آخر، لا يأخذ الوظيفة. وإن خرج من المصر، إن خرج إلى مسيرة ثلاثة أيام [فصاعداً، لا يأخذ وظيفة ما مضى، وإن خرج إلى بعض القرى دون مسيرة ثلاثة أيام][1] إن أقام ثمه خمسة عشر يوما فصاعداً، لا يأخذ لما مضى؛ لأن هذه مدة طويلة، وإن أقام دون ذلك، إن كان خروجا لا بد له منه، كالخروج لطلب القوت، فله أن يأخذ، وإن كان خروجا له منه بد، فإنه لا يأخذ، ولا يؤخذ منه إذا كان غيبته قدر شهرين، أو ثلاثة، فإن زاد على ذلك، جاز لغيره أن يأخذه منه.

١١٢٧٥- في "فتاوى الفضليي" : امرأة أخذت نصيبها من الوقف على وجه الحاجة، ثم استغنت قبل حدوث الغلة، فعليها أن ترد، وإن استغنت بعد حدوث الغلة لا ترد، وإن كان ذلك قبل الإدراك؛ لأن الحق إنما يثبت عند حدوث الغلة.

١١٢٧٦- في "فتاوى أهل سمرقند" : إذا وقف على أقاربه المقيمين في قرية كذا، وجعل آخره للفقراء، فانتقل أقاربه من تلك القرية إلى قرية أخرى أو انتقل بعضهم، فإن كانوا يحصون، لا تنقطع وظيفتهم بالانتقال؛ لأنهم مستحقون بأعيانهم، فصار كما لو قال: لهذا الشاب، فشاخ، وإن كانوا [لا] يحصون، تنقطع وظيفتهم بالانتقال، فبعد ذلك إن انتقل الكل، فالغلة للفقراء، وإن انتقل البعض، فالغلة كلها لمن [لم] ينتقل، فلو أنهم رجعوا إلى القرية مقيمين، تعود وظائفهم؛ لأنه أثبت الحق للمقيمين من أقاربه مطلقًا، وهؤلاء بهذه الصفة، وكذلك إذا وقف على أقرباءه في قرية كذا، ولم يقل: المقيمين، وجعل آخره للفقراء، فتحول بعضهم إن كانوا يحصون، لا ينقطع، وإن كانوا [لا] يحصون ينقطع وظيفة من تحول، وتكون الغلة لمن لم يتحول، وإن تحولوا، فالغلة للفقراء.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: ومن يأخذ الأجر من طلبة العلم في يوم لا درس فيه، أرجو أن يكون جائزا.

وسئل الفقيه أبو بكر رحمه الله تعالى عن الوقف على العلوية الساكنين ببلخ، فإن من غاب منهم، ولم يبع مسكنه، ولم يتخذ مسكنًا آخر، فهو من سكان بلخ، ولم تبطل وظيفته، ولا وقفه -انتهى-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "ظ" و "ف".

الفصل التاسع عشر
فى المسائل التى تتعلق بالصك وما فيه

١١٢٧٧- وفى "مجموع النوازل": سئل شيخ الإسلام عن رجل وقف داراً [له] على أولاده، وكتب فى الصك: وقف فلان على أولاده فلان بكذا وقفه عليهم، وتصدق به عليهم فى حال حياته وبعد وفاته، وقال: هذا يوجب الفساد؛ لأن هذا وصية للوارث، والوصية للوارث باطلة، قال: وينبغى أن يحتاط فى ذلك، فيكتب فى حياته وصحته، قال: وكذا سمعته عن السيد الإمام الأجل الأستاذ أبى شجاع.

وهذا الجواب صحيح فيما إذا كان له وارث آخر، سوى هؤلاء الذين وقف عليهم، غير صحيح إذا لم يكن له وارث آخر؛ لأن الوصية للوارث إنما تجوز لحق باقى الورثة، ألا ترى أن باقى الورثة إن أجاز الوصية، كانت الوصية صحيحة.

١١٢٧٨- وسئل أيضًا عن ذكر وقف كان فيه وقف فلان كذا على مواليه، ومدرس مدرسة معلومة، وكان فيه بيان [المقادير][1]، وشرائط الصحة، وجعل آخره للفقراء، فأجاب أنه غير صحيح؛ لأنه ذكر الموالى مطلقًا، ولم يبين الأعلى والأسفل، وكذا لم يبين التركى والهندى والرومى.

فى "فتاوى أبى الليث": سئل الفقيه أبو بكر عن رجل وقف ضيعة له، وكتب صكًا، فأشهد الشهود على ما فى الصك، ثم قال الواقف: إنى وقفت على أن يكون بيعى له جائزاً، وإنى لم أعلم أن الكاتب لم يكتب ذلك، ولم أعلم ما فى الكتاب.

١١٢٧٩- قال: إن كان الواقف رجلا فصيحًا يحسن العربية، وقرئ عليه الصك، وكتب فى الصك وقف صحيح، وأقر هو بجميع ما فيه، لا يقبل قوله، والوقف صحيح، وإن كان الواقف أعجميًا لا يعرف العربية، فإن شهد الشهود أنه قرئ عليه بالفارسية، وأقر بجميع ما فيه، لا يقبل قوله أيضًا، وإن لم يشهد بذلك، قبل قوله، وإذا عرفت هذا فى صك الوقف، فكذا فى صك البيع والإجارة إذا قال الآجر والبائع: ما علمت المكتوب فى الصك.

١١٢٨٠- وفيه أيضًا: سئل الفقيه أبو جعفر عن امرأة قال لها جيرانها: اجعلى هذه الدار

---

(١) هكذا فى "ف"، وكان فى الأصل: المدارس.

وقفًا على المسجد على أنك متى احتجت إلى بيعها تبيعها، فأجابت، فكتبت صكًا، فكتبوا صكًا بغير هذا الشرط[1]، وقالوا: قد فعلنا، وأشهدت عليها، و قالوا: إن قرئ الصك عليها بالفارسية، وهى تسمع، وأشهدت على ذلك، صار الدار وقفًا، وإن لم يقرأ عليها، لا يصير الدار وقفًا؛ لأنها إنما رضيت بالوقف بشرط البيع، والوقف بشرط البيع باطل. وما ذكر من الجواب فى المسألتين إنما يتأتى على قول محمد؛ لأن على قول محمد الوقف بشرط أن يبيع باطل، أما لايتأتى على قول أبى يوسف؛ لأن على قوله الوقف بشرط أن يبيع صحيح، وقد ذكرنا المسألة فى صدر الكتاب فى الفصل الرابع.

١١٢٨١- سئل الفقيه [أبو بكر] عن رجل وقف ضيعة له، وكتب بذلك صكًا، وأخطأ الكاتب فى حدين، فكتب حدين كما كانا، وكتب حدين بخلاف ذلك، قال: إن كان الحدان اللذان غلط فى ذكرهما يوجدان فى ذلك الموضع، لكنه بين الحدين وبين هذه الضيعة الموقوفة [أرض] أو كرم، أو دار لغير هذا الواقف، جاز الوقف، ولا يدخل ملك الغير فى الوقف؛ لأنه وقف ملكه وملك غيره، فصح وقف ملكه، ولم يصح وقف ملك غيره، وإن كان الحدان اللذان غلط فى ذكرهما لا يوجدان فى ذلك الموضع أصلا، ولا بالبعد عنه، فالوقف باطل إلا إذا كانت الضيعة مشهورة مستغنية عن التحديد لشهرتها، فحينئذٍ يجوز الوقف.

١١٢٨٢- وسئل أبو نصر عمن أراد أن يقف جميع ماله من الضيعة فى قرية كذا، وأمر بكتابة الصك فى مرضه، فنسى الكاتب أن يكتب بعض أقرحه من الأرض والكروم، ثم قرئ الصك على الواقف، وكان فى الصك أن فلانًا وقف ماله من الضياع فى هذه القرية، وهو كذا وكذا أقرحا على وجه كذا، وبين الحدود، ولم يقرأ عليه القراح الذى نسى الكاتب لم يصر وقفًا، إلا إذا أخبر الواقف أنه أراد بذلك جميع ماله المذكور وغير المذكور، وذلك معلوم، فحينئذٍ يصير الكل وقفًا.

فى "مجموع النوازل": سئل شيخ الإسلام عن صك المتولى والوصى إذا لم يذكر فيه جهة وصايته، وجهة توليته أنه لا يصح الصك؛ لأن الوصى قد يكون وصى الأب، وقد يكون وصى الأم، وقد يكون وصى القاضى، وأحكامهم مختلفة، والمتولى قد يكون من جهة الواقف، وقد يكون من جهة القاضى، وأحكامهما مختلفة.

١١٢٨٣- فإن كتب أنه وصى من جهة الحاكم متولى من جهة الحاكم، ولم يسم القاضى الذى ولاه جاز؛ لأنه صار جهة توليته معلومة، وكذلك إذا كتب أنه وصى من جهة الحكم،

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى "ظ" و "ف": فأجابت فكتبوا صكا بغير هذا الشرط.

قال الصدر الشهيد فى "واقعاته" : وعلى هذا القياس إذا احتيج إلى كتابة القضاء فى المجتهدات نحو الوقف، وإجارة المشاع ونحو ذلك، فكتب وقد قضى بصحته وجوازه قاضٍ من قضاة المسلمين، ولم يسم ذلك القاضى جاز، وإن لم يكن قضى بذلك قاضٍ، والكاتب كتب ذلك، لا شك أنه يكون كذبًا، ولكن لا بأس به، فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى فى آخر كتاب الوقف ما يدل عليه، فإنه ذكر إذا خاف الواقف أن يبطله قاضى، فإنه يكتب فى كتاب الوقف أنه قضى به قاضٍ، وهذا لأن التصرف صحيح فى نفسه، ولكن يبطل بقضاء القاضى ببطلانه، فالكاتب بهذه الكتابة يمنع القاضى عن الإبطال، فلا يكون به بأسًا.

١١٢٨٤ - ذكر الخصاف فى "أدب القاضى" فى باب الشهادة على الحقوق : ولو أن شاهدين شهدا عند القاضى لرجل، فقالا : نشهد أن قاضيًا من القضاة أشهدنا أنه قضى لهذا الرجل على هذا الرجل بألف درهم، أو بحق من الحقوق، وسموه يعنى سموا ذلك الحق، إن قالوا : نشهد أن قاضى الكوفة أشهدنا بذلك، ولم يسموا القاضى، لم ينفذ القاضى هذه الشهادة حتى يسموا القاضى الذى حكم، وينسبوه؛ لأن القضاء عقد من العقود، فلا بد من تسمية العاقد لإثباته، قال الخصاف : وليس هذا فى هذا الموضع وحده، بل فى جميع الأفاعيل إذا شهدوا على فعل، ولم يسموا الفاعل، لا تقبل الشهادة.

١١٢٨٥ - واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيما إذا شهد الشهود على أن هذا وقف على كذا، ولم يبينوا الواقف، هل تقبل هذه الشهادة؟ بعضهم قالوا : تقبل، قالوا : وإليه أشار الخصاف فى كتابه. وصورة ما ذكر الخصاف : إذا قال القاضى المعزول : هذا وقف على كذا، وصدقه ذو اليد، أنفذه القاضى المولى، ولا يسأل المولى من المعزول من وقفها.

وبعضهم قالوا : لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن الوقف على أصل أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالغلة المعدومة، فإذا شهد الشهود بالوقف، فقد شهدوا بملك الواقف، فلا بد من ذكره، ليمكن إثبات الملك له؛ لأن إثبات الملك للمجهول متعذر. وهذا القائل يقول : بأن ما ذكر الخصاف فى "أدب القاضى" لا يصلح دليلا؛ لأن ثمه إنما يقبل قول القاضى لضرورة مخالفًا للدليل، وهذا لأن القاضى المولى لو لم يقبل قول القاضى المعزول؛ لأن هذا وقف، وسأله عن الواقف ربما يؤدى إلى بطلان الوقف، فإن القاضى المعزول لو قال : وقفها فلان، وجحد ورثة فلان الوقفية [يحتاج إلى إثبات الوقفية، وعسى لا يقدر على الإثبات، فيؤدى إلى إبطال الوقفية، عسى][1]، فإنما اكتفى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بالإجمال ثمه لهذه الضرورة، وهذه الضرورة معدومة فى حق الشهادة.

وقد رأيت فى حدود الأصل عن محمد رحمه الله تعالى أن تسمية الفاعل شرط لقبول الشهادة، فليتأمل عند الفتوى.

١١٢٨٦- فى "فتاوى أهل سمرقند": استأجر رجل من المتولى أرضًا هى وقف على أرباب معلومين، وكتب فى الصك: استأجر فلان بن فلان من فلان بن فلان المتولى أرضًا فى الأوقاف المنسوبة إلى فلان المعروف بكذا، ولم يكتب اسم أب الواقف وحده، ولم يعرف، جاز؛ لأنه لو كتب من فلان بن فلان المتولى فى كذا، وهو وقف على أرباب معلومين، جاز، وإن لم يذكر الواقف، فهذا أحق.

١١٢٨٧- وسئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: عمن فى يديه ضيعة، جاء رجل وادعى أنها وقف، وجاء بصك فيه خطوط عدول وحكام، وقد انقرضوا، وطلب من الحاكم القضاء، قال: لا يعتمد الحاكم على الخطوط، ولا ينبغى له أن يحكم بذلك.

وكذلك لو كان لوح مضروب على باب دار ينطق بالوقف، لا يقضى بها ما لم يشهد الشهود بالوقف -والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب-.

الفصل العشرون
فى المسائل التى تتعلق بالدعاوى والخصومات
والشهادة فى باب الوقف

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع فى المسائل التى تعود إلى الاستيلاء على الوقف:

١١٢٨٨- قال الخصاف فى وقفه: إذا أنكر والى الوقف -أى قيم الوقف- الوقف، فهو غاصب، ويخرج من يده، فإن نقص منها شيء بعد الجحود، فهو ضامن، ذكر الضمان من غير ذكر الخلاف، وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: هذا على قول من يرى ضمان العقار بالغصب، وهو [قول] محمد وأبى يوسف أولا، وبه أخذ الخصاف وهلال ابن يحيى.

ومنهم من قال: هذا قول الكل؛ لأن أباحنيفة وأبا يوسف رحمهما الله تعالى آخرًا إن كانا لا يريان ضمان العقار بالغصب يريان ضمانه بالجحود، وذكر شيخ الإسلام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى "شرح كتاب الصلح": أن فى "المبسوط" و"النوادر" فى وجوب ضمان العقار بالجحود عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه روايتان، وكذلك إن غصبها رجل أجنبى من القيم، أو من الواقف، ثم ردها، وقد انتقصت، يضمن النقصان، وهذا قول محمد وأبى يوسف أولا، قال: ولا يفرق[1] ذلك على أهل الوقف، يعنى ما أخذ من الغاصب من ضمان النقصان لا يصرف إلى الموقوف عليهم. وإنما يصرف إلى مرمته؛ لأن حقهم فى الغلة لافى رقبته، وهذا الضمان بدل الرقبة. فإن زاد الغاصب فيها زيادة من عند نفسه، فإن كان شيئًا هو ليس بمال، ولا له حكم المال، فإن القيم يأخذها بلا شيء، وإن كان مالا قائما، نحو الأغراس، والبناء، أمر الغاصب برفع البناء، وقلع الأشجار، ورد الأرض، إلا إذا كان يضر بالوقف، بأن كان يخرب الأرض بقلع الأشجار، أو يخرب بناء الوقف بسبب رفع بناءه، فحينئذٍ لا يؤمر الغاصب، بل يمنع عنه لو أراد أن يفعل ذلك، [ويضمن] القيم قيمته من الوقف، فإن كان عنده غلة فيه كفاية، أدى من ذلك، وإن لم يكن يؤاجر الوقف، ويؤدى

---

(١) وفى "ف": ولا يعرف.

من [أجرته][(١)].

١١٢٨٩- وإن أراد الغاصب قطع الأشجار من أقصى موضع لا يخرب الأرض، كان له ذلك؛ لأنه يقبض ملك نفسه، ولا يضر بغيره، ثم يضمن القيم له قيمة ما بقى فى الأرض الموقوفة إن كان له قيمة، وإن كان الوقف أرضًا، فكربها الغاصب وحفر أنهارها لا يرجع بشىء من ذلك، ذكره الخصاف فى وقفه.

١١٢٩٠- وإن غصب الأرض الموقوفة رجل، وقيمتها ألف درهم، ثم غصبها من الغاصب رجل آخر، بعد ما صارت قيمتها ألفى درهم، فالقيم لا يتبع الغاصب الأول، وإنما يتبع الثانى إذا كان الثانى مليئًا، يريد به إذا غصبها رجل آخر من الغاصب الثانى، وتعذر استردادها من الغاصب الثالث[(٢)]، والوقف يفارق الملك فى هذا، وإنما كان هكذا لأن اتباع الثانى أنفع فى حق الوقف، ويختار فى حق الوقف ما هو أنفع وأصلح للوقف، وإن كان الأول أملى من الثانى، يتبع الأول؛ لأن اتباع الأول أنفع؛ لأنه يصل إلى المال فى الحال، وإذا اتبع القيم أحدهما بالضمان، برئ الآخر، كما فى الملك.

١١٢٩١- وإذا أخذ القيم القيمة من أحدهما يشترى بها أرضًا أخرى□ فيضعها مكانها، فإن أخذ القيمة من أحدهما، ثم ردت عليه الأرض رد القيمة، وكان الأرض وقفًا على حالها، وليس للغاصب حبسها إلى أن يصل إليه القيمة، والأصل أن ما لا يجوز رهنه لا يحبس بالدين، ألا ترى أن من غصب [مدبرًا] وأبق من يده، وضمن قيمته للمالك، ثم عاد من الإباق رد الغاصب المدبر على الملك، واسترد منه القيمة، وليس للغاصب أن يحبس المدبر بالقيمة، بخلاف ما إذا كان المغصوب قنا، وأبق من يد الغاصب، [وأخذ المالك] الضمان برغم الغاصب، ثم عاد من الإباق، حتى كان للمالك أن يرد القيمة، ويأخذ المغصوب، كان للغاصب أن يحبسه، حتى يستوفى القيمة.

١١٢٩٢- وإن ضاعت القيمة فى يد القيم قبل أن يشترى بها أرضًا أخرى□ ثم ردت الأرض الموقوف عليه، كانت وقفًا على ما كانت، وضمن القيم القيمة التى أخذها من مال الوقف، ثم يرجع القيم بذلك فى غلات الوقف استحسانًا؛ لأن القيم كان عاملا لأرباب الوقف فى أخذ القيمة، فما لحقه الثمن وهلك الثمن فى يده، ثم هلك المبيع قبل التسليم حتى انفسخ البيع، وضمن الوكيل الثمن للمشترى، يرجع بما ضمن على الموكل، كذا ههنا، لكن

---

(١) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: غلته.

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى نسخ "ظ" و "ف" و "م": من يد الثالث.

يرجع فى غلة الوقف، ولا يرجع على الموقوف عليهم فى أموالهم، سوى غلة الوقف؛ لأنه إنما جعل أمينًا فى غلة الوقف، لا فى سائر أمواله.

وهو نظير المزارع إذا غاب، فأنفق رب الأرض على الزرع فى سقيه، وما يحتاج إليه، يرجع بذلك فى نصيب المزارع، لا فى سائر أمواله، كذا ههنا.

١١٢٩٣- ولو كان القيم حين أخذ القيمة اشرى بها أرضًا أخرى للوقف، ثم ردت الأرض الأولى عليه، كانت وقفًا على حالها، وخرجت الأرض الأخرى عن الوقفية، وكان للقيم أن يبيعها، ويوفى من ثمنها القيمة التى قبضها، وإن كان فيها نقصان، كان ذلك على القيم فى ماله، ولا يرجع بذلك على غلات الوقف قياسًا واستحسانًا، بخلاف ما تقدم؛ لأن فى هذا الفصل لما عادت الأرض الأولى إليه وقفًا، ظهر أن القيم اشترى الأرض الأخرى لنفسه، وقد نفذ القيمة فى ثمن ما اشترى لنفسه، فصار مستهلكًا القيمة فى منفعة نفسه، فلا يرجع بنقصان ذلك فى غلات الوقف.

ولو كان الواقف شرط الاستبدال بها، فباعها القيم، وقبض الثمن، فضاع عنده، ثم ردت الدار الأولى عليه بعيب بقضاء قاضٍ، ضمن القيم الثمن من مال نفسه، ثم يبيع الأرض الوقف التى ردت عليه بالثمن الذى غرم؛ لأن الواقف شرط بيعها عند العذر، وهذا عذر حيث غرم بسببه، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك القيم عاجز عن بيعها؛ لأنها وقف لم يشترط بيعها والاستبدال بها.

١١٢٩٤- إذا غصب الدار الموقوفة [أو الأرض الموقوفة] فهدم بناء الدار، وقلع الأشجار، كان للقيم أن يضمنه قيمة الأشجار، والنخيل، والبناء إذا لم يقدر الغاصب على ردها، ويضمن قيمة البناء، وقيمة الأشجار والنخيل نابتًا فى الأرض؛ لأن الغصب[1]، ورد هكذا، فإن ضمن الغاصب قيمة ذلك، ثم ظهرت الدار والأرض والنقض والأشجار، معنى قوله: ظهرت الدار قدر الغاصب على رد الدار والنقض والأشجار، فالغاصب يرد العرضة على الواقف، وأما النقض والشجر فيكون للغاصب، ويرد القيم على الغاصب حصة العرصة، وهذا لأن العرصة ليست بمحل للنقل من ملك إلى ملك، فلا يملكها الغاصب بالضمان، وأما البناء والأشجار فإنما لم تكن محلا للنقل تبعًا للأرض، وقد زال التبعية، فعادت محلا للنقل، فيملكها بالضمان، ألا ترى أن البناء إذا انهدم، ولم يصلح النقض للعمارة، كان للقيم أن يبيع النقض ممن رأى بيعه، فكذا هنا.

---

(١) هكذا فى جميع النسخ التى عندنا، وفى حاشية "ظ": لعله النص أى لأن النص ورد.

١١٢٩٥- وإذا كان في أرض الوقف نخيل، وأشجار، واستغلها الغاصب سنين - يعني الأشجار والنخي- ثم أراد رد الأرض والنخيل والأشجار معها، رد الغلة معها إن كانت قائمة بعينها، وإن كانت مستهلكة، ضمن ثمنها، وليس هذا كالزرع؛ لأن الزرع ملكه، بخلاف غلة النخيل والأشجار، وعليه نقصان الأرض [وما أخذ من الغاصب من بدل الغلة فرق في الوجوه التي سبلها عليه، وما أخذ من نقصان الأرض][1] تصرف في عماراتها.

١١٢٩٦- غصب أرض الوقف، وفيها نخيل وأشجار، فقلع النخيل والأشجار رجل من يد الغاصب، فالقيم بالخيار، إن شاء ضمن الغاصب قيمة الأشجار والنخيل نابتًا في الأرض، وإن شاء ضمن القالع ذلك، فإن ضمن الغاصب، رجع بذلك على القالع، وإن ضمن القالع لم يرجع بذلك على الغاصب، وإن لم يضمن [القيم][2] أحدهما حتى ضمن الغاصب القالع، وأخذ منه قيمة ما قلع، فجاء القيم، وأراد تضمين القالع، ليس له ذلك؛ لأن القالع رد القيمة على الذي كانت الأشجار في يده [يوم] قلعها.

١١٢٩٧- في "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": رجل وقف ضيعة، فغصبها منه إنسان، فأقام الواقف البينة، قبلت بينته، وردت الضيعة عليه بالاتفاق، أما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فلأنه لا يقول: بصحة الوقف إلا إذا كان موصى به أو كان مضافًا إلى ما بعد الموت، ولم يوجد، فبقيت على ملكه، فيرد عليه، وأما على محمد رحمه الله تعالى فلأن عنده إنما يصح الوقف إذا خرج من يده، وسلم إلى المتولي، ولم يوجد، فبقيت على ملكه، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فلأن الوقف عنده صحيح، وإن لم يخرجه من يده، وهو أولى [بإصلاحها] والتولية فيها.

وفيه أيضًا: وقف على نفر استولى عليه ظالم، ولا يمكن انتزاعه من يده، فادعى بعض الموقوف عليه على واحد منهم أنه باع من هذا الظالم، وسلم إليه، وهو منكر، وأراد تحليف المدعى عليه، فلهم ذلك؛ لأنهم ادعوا عليه معنى لو أقرّ به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول، فإن نكل قضى عليه بقيمتها، وكذلك إذا قامت لهم بينة، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، والفتوى في غصب العقار الموقوفة على الضمان نظرًا للوقف، كما أن الفتوى في غصب منافع الوقف على الضمان نظرًا للوقف، فظن بعض مشايخ ديارنا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا في الأصل، ونسخة "ظ"، وكان في نسختي "م" و"ف": القيمة بدلا من القيم.

رحمهم الله تعالى أن هذه المسألة دليل على أن دعوى الموقوف عليه [أن هذا وقف عليه][(١)] صحيح، وليس الأمر كما ظنوا.

وهذه المسألة لا تصلح دليلا؛ لأن الدعوى ههنا ما وقف فى الوقفية، إنما وقع فى غصب الوقف وإتلافه.

١١٢٩٨- رجل وقف موضعًا فى حياته، وصحته، وأخرجه من يده، فاستولى عليه غاصب، وحال بينه وبينهم، يؤخذ من الغاصب قيمته، ويشترى به موضعًا آخر، فيوقف على شرائطه؛ لأن الغاصب لما جحد صار مستهلكًا، [والشيء المثلى إذا صار مستهلكًا] يجب الاستبدال به، كالفرس المسبل فى سبيل الله إذا صار مستهلكًا، فهذا استحسان، أخذ به المشايخ.

١١٢٩٩- رجل وقف ضيعة له، ثم إن الواقف زرعها، وأنفق فيها، وأخرجت زرعًا، والبذر من قبل الواقف، فقال: أنا زرعتها لنفسى ببذرى، وقال أهل الوقف: إنما زرعتها للوقف، فالقول قول الواقف الزارع، والزرع له من قبل أن البذر له، فإن سأل أهل الوقف من القاضى أن يخرجها من يده، إذا كان قد زرعها لنفسه، ولم يكن له ذلك، لا يخرجها من يده، ولكن يتقدم إليه فى زراعتها للوقف، فإن احتج بأنه ليس للوقف عنده مال ولا بذر، قال له القاضى: استأذن على الوقف، واجعل ما تستدين به فى المبذور، والنفقة على الزرع، فإن قال: لايمكننى ذلك، قال لأهل الوقف: استدينوها أنتم ما تشترون به بذرًا، وما يكون فى النفقة على ذلك، حتى يأخذوا ذلك مما يجيء من الغلة، فإن قالوا: لا نأمن أن نستدين نحن ونشترىٍ البذر، فإذا صار فى يد الواقف جحد ذلك، ولكن نحن نزرع، فإنه لا ينبغىَ أن يطلق لهم ذلك؛ [لأن] الذى وقف أحق بالقيام، إلا أن يكون مخوفًا عليه، لا يؤمن أن يبلغه.

١١٣٠٠- فإن سأل الواقف الأرض، وأنفق عليه، فأصاب الزرع آفة من غرق أو غير ذلك، وذهب الزرع، فقال الواقف: استدنت وزرعت هذا الزرع الذى عطب للوقف، وجاءت غلة أخرى، فأراد أن يأخذ من هذه الغلة ما ذكر أنه استدانته لذلك، أو قال أهل الوقف: إنما زرع ذلك لنفسه، فالقول فى ذلك قول الواقف، وله أن يأخذ من هذه الغلة ما استدانه لهذا الزرع.

فإن قال الواقف الزارع: استدنت ألف درهم، واشتريت بها بذرًا، وأنفقت عليه، وقال أهل الوقف: إنما أنفق [من ثمن] البذر، والنفقة على الزرع خمسمائة، قال: يصدق الواقف

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من نسخة "ظ".

فى مقدار ما ينفق على مثل ذلك، فإن اختلف والى الوقف -يعنى القيم- وأهل الوقف فى الزرع، فقال الوالى: زرعتها لنفسى ببذرى ونفقتى، وقال أهل الوقف: بل زرعتها لنا، فالقول قول الوالى.

نوع آخر [منه]
فى المسائل التى تعود إلى الدعوى فى الوقف:

١١٣٠١- رجل باع أرضًا، ثم قال: إنى كنت وقفتها، أو قال: هو وقف على، فإن لم يكن له بينة، وأراد تحليف المدعى عليه، ليس له أن يحلفه؛ لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة، والدعوى هنا لم تصح لمكان التناقض، وإن أقام البينة، قال الفقيه أبو جعفر: قبلت البينة، ونقض البيع؛ لأن أكثر ما فيه أن الدعوى لم تصح، بقيت الشهادة بلا دعوى، إلا أن الشهادة على الوقف مقبولة [من غير دعوى] كالشهادة على الطلاق على عتق الأمة، وبه أخذ الصدر الشهيد فى واقعاته، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: وقال بعض الناس: لا تقبل البينة، ولكن لانأخذ به.

١١٣٠٢- فى "فتاوى النسفى": ادعى مشترى الأرض على بايعه أن هذه الأرض وقف، وقد بعتها منى أيها البائع بغير حق، قال: ليس له هذه المخاصمة، إنما ذلك إلى المتولى، وإن لم يكن ثمه متولى، فالقاضى ينصب متوليًا، فيخاصمه، ويثبت الوقفية، فإذا ثبت ذلك، ظهر بطلان البيع، فيسترد المشترى الثمن من بائعه.

وفيه أيضًا: رجل ادعى ضيعة فى يدى رجل أنها وقف على، لم يسمع الدعوى منه، وإنما يسمع من المتولى، وهذا لأن الموقوف عليه مصرف الغلة، ولاحق له فى الرقبة، فلا يصح منه الدعوى فى الرقبة. وأشار الخصاف فى وقفه فى مسائل أن دعواه صحيحة.

١١٣٠٣- فمن جملة تلك المسائل: قال: إذا كانت الأرض فى يد غاصب، أقام أهل الوقف بينة أن فلانًا وقفها عليه، وأنه مات وهو مالكها لم أقض بأنها وقف، وإنما أقضى بأنها ملك، علل، فقال: لأنه يجوز أنه ملكهابعد ما وقفها، أو يجوز بأنه وقفها، ولم يكن يملكها [ثم يملكها]، علل بهذه العلة، لبيان أنه لا يقضى بأنها وقف لا بعلة أنه ليس له ولاية الدعوى.

ومن جملة ذلك قال: قوم ادعوا أرضًا فى يدى رجل، وقالوا: وقفها فلان علينا، والذى فى يديه يقول: الأرض لى، فأقاموا البينة أن فلانًا وقف هذه الأرض عليهم، لا يستحقون بهذه البينة شيئًا، علل، فقال: لأن الإنسان قد يقف ما لايملك، ولم يقل: لأنه ادعى

ما ليس له أن يدعى، وكذلك لو أقاموا بينة أنه وقف علينا ومن بعدنا على المساكين، وكانت فى يده يوم وقفها، لا يستحقون بهذا شيئًا.

١١٣٠٤- وكذلك لو شهد الشهود أنه أقر عندنا، وأشهدنا على نفسه أنه وقف هذه الأرض وقفًا صحيحًا، وأنها كانت فى يده حتى مات، فالقاضى لا يقضى بالوقف، ولو شهد الشهود أن فلانًا أقر عندنا أنه وقف هذه الأرض وحددها، وأنه كان ملكها فى وقت ما وقفها، قضينا عليه بأنها وقف من قبل الواقف، وأخرجها من يدى الذى هى فى يده. وهذه المسألة صريح أن الدعوى من الموقوف عليه صحيحة، إذ لو لم تكن صحيحة كانت الشهادة بلادعوى، والشهادة فى حقوق العباد بدون الدعوى لا تقبل، فينبغى أن لا تقبل الشهادة فى هذه المسألة، ولا يقضى بكونها وقفًا.

١١٣٠٥- وإذا قال لغيره: هذه الضيعة وقف عليك، ثم ادعاها بعد ذلك لنفسه، لاتسمع دعواه لمكان التناقض.

ادعى دارًا فى يدى رجل أنها ملكه بأصلها، وبناءها، وأنكر المدعى عليه ذلك، وادعى أنها وقف على مصالح مسجد كذا، فأقام المدعى البينة على دعواه، وقضى به ذلك، وكتب له السجل، ثم إن المدعى أقر أن أصل الدار وقف، والبناء له، بطل دعواه والحكم والسجل، هكذا ذكر فى "فتاوى أهل سمرقند". وقيل: ينبغى أن يسأل القاضى أنها وقف من جهتك، أو وقفتها بعد ما قضى بهالك، أو وقف من جهة غيرك؟ إن قال: من جهتى، لا يبطل القضاء؛ لأن قوله هذا يقرر القضاء، ولا ينافيه، وإن قال: من جهة غيرى، حينئذٍ يبطل القضاء لإقراره ببطلان القضاء.

وفيه أيضًا: صاحب الأوقاف إذا أراد أن يسمع الدعوى فى أمور الأوقاف، ويقضى بالنكول، وبالبينة إن أولاه[1] السلطان ذلك نصًا، أو عرف ذلك دلالة جاز؛ لأنه صار كالقاضى المولى، وإن لم يكن شىء من ذلك لا يجوز.

١١٣٠٦- فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": ضيعة فى يدى رجل، وضيعة أخرى فى يدى رجل آخر، ادعى رجل أن هاتين الضيعتين وقف عليه جده على أولاده وأولاد أولاده أبدًا ما تناسلوا، وأحد الرجلين غائب، فأقام المدعى البينة على الحاضر، إن شهد الشهود أنهما ملك الواقف، وقفهما جميعًا وقفًا واحدًا، وذكر شرائط الوقف، قضى القاضى على الحاضر بكون الضيعة وقفًا؛ لأن الحاضر هنا ينتصب خصمًا عن الغائب، فصار كأحد

---

(١) وفى "ف" و"م": ولاه مكان أولاه.

الورثة، وإن شهدوا أنه وقف وقفين متفرقين، يقضى بوقفية الضيعة[1] التى فى يدى الحاضر هنا فحسب؛ لأن الحاضر هنا لا ينتصب خصمًا عن الغائب. وفى المسألة نوع إشكال، وينبغى أن يقضى بوقفية [الضيعة التى فى يد] الحاضر فى الوجهين جميعًا؛ لأنه ألحق هذا بأحد الورثة.

وذكر فى "الجامع الصغير": أن أحد الورثة إنما ينتصب خصمًا عن الباقين للمدعى فى عين فى يد ذلك الوارث، حتى إن من ادعى عينًا من تركة الميت، وأحضرا وارثًا واحدًا ليس العين المدعى فى يده، وأقام بينة على دعواه، لا تسمع بينته، وفى مسألتنا هذه إحدى الضيعتين فى يد الغائب، فكيف يقضى بوقفيهما على الحاضر؟ وعلى قول من يقول بجواز القضاء بوقفية الضيعتين يشترط ذكر حدود الضيعة التى فى يد الغائب.

١١٣٠٧- ادعى كرما فى يدى رجل، وأقر المدعى عليه أنه وقف الكرم وقفًا صحيحًا بشرائطه، وليس للمدعى بينة، وأراد تحليف المدعى عليه، إن أراد تحليفه ليأخذ الكرم لو نكل عن اليمين، لا يحلف؛ لأنه [لا يصل إلى ذلك، فلا يكون فى التحليف فائدة، وإن أراد أن يأخذ القيمة لو نكل عن اليمين، يحلف؛ لأنه][2] يصل إليه لو نكل، ففى التحليف فائدة.

١١٣٠٨- رجل وقف ضيعة له على الفقراء فى صحته، ثم مات، فجاء إنسان، وادعى أن الضيعة له، وأقر الورثة بذلك، لم يبطل الوقف؛ لأن إقرارهم فى حق بطلان الوقف غير صحيح، ويضمنون قيمة الضيعة من تركة الميت. وهذا الجواب يجب أن يكون قول الكل، لا قول محمد رحمه الله تعالى خاصة؛ لأنه لاخلاف فى وجوب [ضمان] الضيعة بالإتلاف، وإنما الخلاف فى وجوب الضمان بالغصب، وهذا إتلاف، وليس بغصب.

وإن أنكرت الورثة ذلك، فأراد المدعى أن يحلفهم، يقال له: أتريد تحليفهم لتأخذ الضيعة إن نكلوا، [أو لتأخذ القيمة إن نكلوا] فإن قال: لا أخذ الضيعة، فلا يمين له عليهم؛ لأنه لا يصل إلى الضيعة إن نكلوا، لما ذكرنا فى فصل الإقرار، وإن قال: لا آخذ القيمة، فله عليهم اليمين؛ لأنه [لا] يصل إلى القيمة لو نكلوا، فكان التحليف مفيدًا.

١١٣٠٩- فى "فتاوى الفضلى": بيت فوقه بيت، وهو متصل بالمسجد، يتصل صف المسجد بصف البيت الأسفل، ويصلى فى البيت الأسفل فى الصيف والشتاء، اختلف أهل المسجد وأرباب البيت الذى يسكنون العلو، قال الأرباب: إن ذلك ميراثًا لنا، فالقول قولهم؛ لأن العلو فى أيديهم، والقول قول صاحب اليد، فيثبت بقولهم: إن العلو ملك لهم، وإذا

---

(١) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: الضيعتين.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

صار العلو ملكًا لهم، لا يصير السفل مسجدًا؛ لأنه لا يتحقق الشرط، وهو الخلوص، وسيأتى جنس هذه المسألة فى موضعه -إن شاء الله تعالى-.

نوع آخر منه
فى المسائل التى تعود إلى الشهادة فى الوقف:

١١٣١٠- إذا شهد شاهدان على رجل أنه وقف أرضه، ولم يحدها الشاهدان، فالشهادة باطلة. وكذلك إن حدها أحدهما دون الآخر، كانت الشهادة باطلة، وكذلك لو شهدا أنه وقف أرضه التى فى موضع كذا، وقالا: لم يحدها لنا، فالشهادة باطلة، قال الخصاف: إلا أن تكون أرضًا مشهورة تغنى شهرتها عن تحديدها، فإن كان كذلك، قضيت بأنها وقف.

وإن حداها بحدين، فالمشهور عن أصحابنا رحمهم الله تعالى أنه لا تقبل، ومن أصحابنا من قال: إذا ذكرا حدين مقابلين يقبل؛ لأن ما بينهما يصير معروفًا بمعرفتهما إذا كان طرفاها مستويان، وإن حداها بثلاث حدود، قبلت الشهادة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى إقامة للأكثر مقام الكل.

سئل الخصاف، فقيل: إذا قبلنا هذه الشهادة بثلاثة حدود، فكيف نحكم بالحد الرابع، قال: أجعل الحد الرابع بإزاء الحد الثالث حتى ينتهى إلى مبدأ الحد الأول، أى بإزاء الحد الأول.

١١٣١١- وإن شهدا أنه وقف أرضه التى فى موضع [كذا] وحدها لنا، إلا أنا نسيناه، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا على أنفسهما بالغفلة، وإن قالا: لم يحدها لنا، ولكنا نعرف الحدود ذكر هلال أن القاضى لا يقبل شهادتهما، قال القاضى الإمام الأستاذ الكبير أبو زيد رحمه الله تعالى: تأويل هذا أنهما لم يبينا للقاضى، أما إذا بيناه، وعرفناه، تقبل. وذكر الخصاف فى هذه الصورة أنى أجيز الشهادة، وأقضى بالدار والأرض بحدودها وقفًا، وأقول [للشهود: سموا] الحدود، فأقضى بما يسمون، ويحدون.

قال هلال: وكذلك لو قالا: لم يكن فى المصر إلا تلك الأرض لم يقبل، فأما إذا قالا: أشهدنا أنه وقف هذه الأرض وهو فيها، ولم يحدها لنا، فالشهادة جائزة إذا كانا يعرفانها، قال القاضى الإمام: هذا تأويل هذا إذا بينا للقاضى وعرفاه، فأما إذا لم يبينا، لا تقبل شهادتهما.

١١٣١٢- وإن شهدا أنه حدها لنا، ولكنا لا نذكر الحدود التى حدها لنا، فالشهادة

باطلة، وإن كان يعرفان الحدود، ولكنهما لا يعرفان الأرض؛ لأنهما كانا غائبين عنها، تقبل شهادتهما، ويكلف القاضي مدعي الوقف أن يقيم شاهدين آخرين يشهدان إن هذه الأرض بحدودها هي تلك الأرض التي يشهد الشهود بوقفيتها، فإذا شهدا أنه أرانا[1] حدودها، ووقفنا عليه، ولكن لم يسم لنا حدودها، قبلت شهادتهما.

١١٣١٣- وإذا شهد شاهدان على رجل أنه وقف حصته من هذه الأرض، أو من هذه الدار، ولا يدريان ماحصته، فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه على قياس مسألة البيع، وهو ما إذا باع حصته من هذه الدار، أو من هذه الأرض، ولم يعلم المشترى حصته، لا يجوز البيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وعند أبي يوسف: يجوز البيع، وإن لم يعلما حصته، والهبة لا تجوز إذا لم يعرف حصة الواهب بلاخلاف، فالوقف على قول أبي يوسف رحمه الله: لايجوز قياسًا على الهبة، ويجوز استحسانًا كالبيع.

وجه القياس أن الواقف أزال الملك بغير بدل، فصار كالهبة، وجه الاستحسان أن الوقف لو لم يصح [إنما لا يصح] لعدم التميز، ولاوجه إليه؛ لأن وقف المشاع عنده صحيح.

١١٣١٤- وإن شهدا أنه أقر عندهما أنه جعل حصته من هذه الأرض التي في موضع كذا حدودها كذا صدقة [موقوفة] لله تعالى، وهي ثلث جميع هذه الأرض على كذا، وجعل آخره للمساكين، فنظر الحاكم، فوجد حصته من هذه الأرض نصفها أو ثلثها، قال الخصاف: ويجعل جميع حصته وقفًا على الوجوه التي سبلها، قال رحمه الله تعالى: وقد قال أصحابنا في رجل قال لآخر: بعتك جميع حصتي من هذه الأرض، وهي ثلثها بألف درهم، فإذا حصته نصفها، فليس للمشترى إلا الثلث الذي سماه له، وقالوا: فيمن أوصى لرجل، وقال: أوصيت لك بثلث مالي، وهو ألف درهم، فإذا ثلث ماله أكثر من الألف: فللموصى له جميع الثلث.

قال الخصاف: وعندي أن الوقف نظير الوصية؛ لأنه ليس بعقد معاوضة. وإن جعل غلة ذلك على قوم سماهم، ومن بعدهم على المساكين، فصدقه القوم الذي وقف عليهم، وقالوا: إنما قصد وقف الثلث علينا، قال: تصديقهم وسكوتهم في ذلك سواء، ويقضي بجميع حقه وقفًا، وجعل للقوم الذين هم بأعيانهم غلة الثلث من ذلك، وجعل[2] فضل ما بين الثلث إلى النصف للمساكين.

---

(١) وفي نسخة "ظ": أدارنا على حدودها.

(٢) هكذا في "ظ"، وفي بقية النسخ: اجعل.

١١٣١٥- وإذا شهدا على رجل أنه وقف أرضه، واختلفا فيما بينهما، شهد أحدهما أنه وقف أرضه فى موضع كذا، وشهد الآخر أنه وقف أرضه فى موضع كذا، وسميا موضعًا آخر، لاتقبل الشهادة؛ لأنه ماشهد على وقفية كل أرض إلا شاهد واحد.

ولو شهد أحدهما أنه وقف [تلك] الأرض وحدها، وشهد الآخر أنه وقف تلك الأرض، وأرضًا أخرى قبلت الشهادة على ما اتفقا عليه، ولو شهد أحدهما أنه وقف هذه الأرض كلها، وشهد الآخر أنه وقف نصفها، قبلت الشهادة على النصف، وقضى بوقفية نصف هذه الأرض، هكذا ذكر هلال والخصاف.

قيل: هذا الجواب مستقيم على مذهبهما، غير مستقيم على مذهب أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، كما لو شهد أحد الشاهدين على تطليقة، وشهد الآخر على نصف تطليقة، فإن هناك لا تقبل الشهادة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تقبل على نصف تطليقة.

ومنهم من قال: هذا على الاتفاق؛ لأن الأرض معينة، فصار لما لو شهد أحدهما على طلاق امرأة، وشهد الآخر على طلاقها وطلاق أخرى.

١١٣١٦- ولو شهد أحدهما أنه جعل له ثلث الغلة، وشهد الآخر أنه جعل له نصفها، قبلت الشهادة على الثلث عندهما، وإن شهد أحدهما أنه وقف نصفها مشاعًا، وشهد الآخر أنه وقف نصفها مقسومة، فالشهادة باطلة.

١١٣١٧- ولو شهد أحدهما أنه وقفها يوم الخميس، وشهد الآخر أنه وقفها يوم الجمعة، قبلت الشهادة؛ لأن الوقف تصرف قولى، والقول يعاد ويكرر، فلا يضره اختلاف الزمان والمكان، كالبيع، قيل: هذا على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، أما على قول محمد لاتقبل هذه الشهادة [لأن الوقف وإن كان قوليًا إلا أنه يتضمن فعلا، وهو التسليم، فإن التسليم عند محمد شرط صحته، وكل قول يتضمن فعلا كالنكاح، واختلفا فيه فى الزمان والمكان لا تقبل الشهادة][1].

١١٣١٨- ولو شهد أحدهما أنه وقفها وقفًا صحيحًا فى صحته، وشهد الآخر أنه وقفها بعد موته، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن أحدهما شهد بالوقف، والآخر شهد بالوصية.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى عندنا.

١١٣١٩- ولو شهد أحدهما أنه وقفها وقفًا صحيحًا، وشهد الآخر أنه وقفها فى المرض، قبلت الشهادة، وتكون جميع الأرض وقفًا إن كان يخرج من الثلث، وإن كان لا يخرج من الثلث يصير ثلثها وقفًا؛ لأنهما اتفقا على وقف الأرض، واختلفا فى الوقف إن كانت الأرض تخرج من الثلث، وإن كانت [الأرض] لا تخرج من الثلث، فقد اتفقا على ثلثها، واختلفا فيما وراء ذلك، فثبت ما اتفقا عليه، ولايثبت ما تفرد به أحدهما.

١١٣٢٠- ولو شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على الفقراء، وشهد الآخر أنه جعلها صدقة موقوفة [على المساكين، قبلت الشهادة؛ لأنهما اتفقا على الفقراء، فإن من قال: أرضى هذه صدقة موقوفة][1] كانت وقفًا على الفقراء، فقد اتفقا على كونها وقفًا على الفقراء، فيثبت ذلك، ويبطل ما تفرد به أحدهما، والحاصل أنهما إذا اتفقا على كونها صدقة [موقوفة] وتفرد أحدهما بزيادة شيء، لا يثبت الزيادة، ويثبت ما اتفقا عليه، وهو كونها وقفًا على الفقراء.

١١٣٢١- وعن هذا قلنا: إذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على عبد الله، وشهد الآخر أنه جعلها صدقة موقوفة على زيد، تكون وقفًا على الفقراء؛ لأنهما اتفقا على جعلها صدقة موقوفة.

وذكر الخصاف فى وقفه: إذا شهد أحدهما أنه أقر أنه جعلها صدقة على الفقراء والمساكين، وشهد الآخر أنه وقفها على الفقراء، حكم عليه بالوقف على الفقراء فى قول حسن بن زياد من قبل: إنه قال: الفقراء والمساكين لهم سهم واحد، قال: ومن قال: للفقراء والمساكين سهمان، يجعل نصفها وقفًا للفقراء، ويبطل النصف، قال: وهذا القول ما رواه محمد بن الحسن فى "الجامع الصغير".

١١٣٢٢- ولو شهد أحدهما أنه جعلها وقفًا على عبد الله وولده من بعده، وشهد الآخر أنه جعلها وقفًا على عبد الله جعلها وقفًا على عبد الله؛ لأنهما اتفقا عليه، ولو شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على عبد الله وزيد، وشهد الآخر أنه جعلها على عبد الله خاصة، قضيت بالنصف لعبد الله، والنصف الآخر للفقراء، أما القضاء لعبد الله؛ لأنهما اتفقا على عبد الله، وأما القضاء بالنصف فلأنهما اتفقا على النصف له، واختلفا فى النصف الآخر، شهد أحدهما به لعبد الله، وشهد الآخر به لزيد، فما اتفقا عليه يثبت، وما اختلفا فيه لا يثبت، ويجعل ذلك

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

كالمسكوت عنه، فيكون للفقراء، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى اتفقا على كونه لعبد الله. زاد أحدهما لولده من بعده، فلم تثبت هذه الزيادة، وثبت ما اتفقا عليه، وهو كونه لعبد الله.

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وما ذكر من الجواب أنه يقضى لعبد الله بالنصف يجب أن يكون قول الكل؛ لأنهما لم يختلفا في لفظة الشهادة لعبد الله، وإنما زاد أحدهما حصة زيد، فلم يثبت ذلك بمجرد قوله، فيكون للفقراء.

١١٣٢٣- وإذا شهد أحدهما أنه جعل لعبد الله مائة درهم في كل سنة من غلات هذه الأرض، وشهد الآخر أنه جعل له [مائتي درهم، لا تقبل هذه الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله، كما لو شهد أحدهما لرجل على رجل][1] بمائة درهم، وشهد الآخر بمائتي درهم.

ولو قال أحدهما: جعل له من الغلة في كل سنة مائة درهم، وقال الآخر: في سنة واحدة، فإنه يثبت في السنة الأولى عندهم؛ لأنهما اتفقا عليه.

١١٣٢٤- قال الخصاف في وقفه: لو شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين، وشهد الآخر أنه جعلها صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين وأبواب البر، تقبل هذه الشهادة؛ لأن جميع ذلك من أبواب البر، ألا ترى لو أوصى لرجل بثلث ماله في أبواب البر، ففرقه القاضي في الفقراء والمساكين [إن ذلك جائز، قال: ولو شهد أحدهما أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين][2]، وشهد الآخر أنه جعل أرضه موقوفة على الفقراء والمساكين وفقراء قرابته، قال: هذا لا يشبه أبواب البر؛ لأن الذي شهد لفقراء قرابته، لم يشهد بجميع الغلة للفقراء والمساكين، ألا ترى أن رجلا لو أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين وفقراء قرابته أني أنظر إلى عدة فقراء قرابته يوم مات، فأضرب لهم في الثلث بعددهم، وأضرب للفقراء والمساكين بسهمين، فإن كان فقراء قرابته عشرة، كان لهم عشرة أسهم، وللمساكين سهمان، فكذلك في الوقف أنظر إلى فقراء القرابة، وأنظر كم يصيب الفقراء، فأجعل ذلك وقفًا عليهم.

١١٣٢٥- إذا شهد شاهدان أنه جعل هذه الأرض صدقة موقوفة علينا، أو على أحدنا، أو على أولادنا، أو آبائنا، أو أجدادنا، أو ما أشبه ذلك، لا تقبل الشهادة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١١٣٢٦- فإن قيل: إذا شهد أنه جعلها صدقة موقوفة [علينا] يجب أن يبطل قوله: علينا، ويبقى قوله: صدقة موقوفة، فيقضى للفقراء، كما لو اقتصر على قولهما: صدقة موقوفة، ألا ترى أنا ذكرنا قبل هذا أنهما لو شهدا أنه جعل أرضه صدقة موقوفة، فقال أحدهما: على عبد الله، وقال الآخر: على زيد، يبطل قولهما: على زيد وعبد الله، ويبقى قولهما: صدقة.

قلنا: فى تلك المسألة الكلام خرج مخرج الصحة؛ لأنه شهادة كلمة، فيثبت ما اتفقا عليه لتمام الحجة، ويبطل ما اختلفا فيه لعدم الحجة، وهنا الكلام خرج مخرج الفساد؛ لأنه خرج على وجه الدعوى فيبطل كله، كما لو شهدا أنه أبرأنا وفلانًا عن الدين، أو شهدا أنه قذف أمنا وفلانًا بكلام واحد، أو خاطب أختين، فأجاب أحديهما، لم يجز، لما قلنا، ولو شهدا أنه وقف أرضه علينا، وعلى قوم آخرين، فهذا كله باطل، ولا يجوز للشركاء سواهم.

لأن الكلام خرج على وجه الفساد، وكذلك إذا قالا: على قرابته، وهما من أقرباءه، أو [قالا] على نسله، وهما من نسله، أو قالا: على آل عباس، وهما من آل عباس.

ولو قالا: علينا وعلى قوم آخرين معلومين، فأردنا أن لا نبطل شهادتهما، فلم يقبل ذلك، قبلت شهادتهما؛ لأن تمحض كلامهما شهادة، وانعدمت التهمة، وصار كالشفيعين إذا شهدا بالبيع، وقالا: سلمنا الشفعة، قبلت شهادتهما، ولو شهدا لقرابة الوقف، وهما من قرابته، وقالا: لم نقبل ذلك، لم تقبل شهادتهما؛ لأن أولادهما من قرابتهما، وردهما فى حق [الأولاد] لا يعمل، فصارا شاهدين لأولادهما، وكذلك إذا لم يكن لهما أولاد؛ لأنه بما يخلف لهما، فيستحقون بهذه الشهادة، فصارا شاهدين لأولادهما مؤجلا، والبيع المؤجل والمعجل فى منع قبول الشهادة على السواء.

١١٣٢٧- وإذا وقف الرجل كراسة على مسجد لقراء القرآن، أو على أهل مسجد، وهم يحصون، حتى جاز الوقف، فشهد أهل ذلك المسجد على وقف الكراسة، فهذه الشهادة نظير مسألة شهادة أهل مدرسة على وقف تلك المدرسة، أو شهادة أهل محلة على وقف تلك المحلة، والمشايخ رحمهم الله تعالى فصلوا الجواب [فيها] فقالوا فى شهادة أهل المدرسة: إن كانوا يأخذون الوظيفة من ذلك الوقف، لا تقبل شهادتهما، وإن كانوا لا يأخذون، تقبل. وكذلك قالوا فى أهل المحلة: من شهد وهو ممن يأخذ من ذلك، لا تقبل شهادته؛ لأنه حينئذٍ يكون بهذه الشهادة جار مغنم، وكذلك الشهادة على وقف مكتب، وللشاهد صبى فى المكتب. وقيل: فى هذه الشهادة تقبل الشهادة على كل حال؛ لأن كون الفقيه فى المدرسة،

وكون الرجل فى المحلة، وكون الصبى فى المكتب ليس بأمر لازم، بل ينقل الرجل من مدرسة إلى مدرسة، ومن محلة إلى محلة، والصبى من مكتب إلى مكتب، وعن هذا قلنا: إذا شهدا أنه وقف على فقراء جيرانه، وهما من فقراء جيرانه، أو شهدا أنه وقف على فقراء هذا المسجد، أو شهدا أنه وقفها على فقراء [أهل] السجن بالبصرة، أو على فقراء أهل مصر كذا، وهما من ذلك تقبل شهادتهما، بخلاف ما إذا شهدا أنه وقف على فقراء القرابة [وهما من فقراء القرابة] حيث لا تقبل شهادتهما؛ لأن الجوار لا يدوم، بل يتحول، وينقطع، فإنما يستحق بالجوار وقت القسمة، وذلك غير ثابت وقت الشهادة، فلم يكن شاهدا لنفسه، فلايمنع قبول الشهادة، فأما القرابة، فإنها تدوم، ولا تنقطع، فإنما تستحق بهذه القرابة.

ألا ترى [أن] فقراء القرابة يعتبر يوم حدوث الغلة، وفى فقراء الجيران وهذه المسألة تعتبر وقت قسمة الغلة، فكان سبب الاستحقاق فى الجوار وقت القسمة، وذلك ليس بموجود للحال، وسبب الاستحقاق فى القرابة هو القرابة قبل القسمة، وهو موجود فى الحال.

١١٣٢٨- أرض فى يدى رجل، يزعم أنها ملكه، فادعى قوم أن هذا الرجل وقف هذه الأرض وقفًا صحيحًا علينا [وذو اليد] منكر، فأقاموا بينة على ما ادعوا، قبلت بينتهم، وحكمت عليه بالوقف، وأخرجها من يده، وهذه المسألة تصريح أن الدعوى من الموقوف عليه صحيح.

وكذلك إذا ادعى رجل أنه وقف هذه الأرض على المساكين، وهو يجحد ذلك، وأقام البينة على إقراره بذلك، حكمت عليه بالوقف للمسلمين، وأخرجت الأرض من يده. تقبل هذه الشهادة على أصل الوقف بالشهرة، وعلى الشرائط لا، وهو المختار، وتقبل الشهادة على الشهادة فى الوقف، وكذا شهادة النساء مع الرجال.

نوع آخر منه:

١١٣٢٩- رجل جاء إلى قاضى بلده، وقال: إنى كنت أمينًا للقاضى الذى كان قبلك هنا، وفى يده صدقة كانت لرجل يقال له فلان بن فلان، وقفها على قوم معلومين سماهم، قبل قوله إذا لم يكن للواقف ورثة، ولم يعلم من أمر هذه الصدقة غير ما أقر به هذا الرجل، وإن كان له ورثة، فقال: هو ميراث بيننا، وليس بوقف، فالقول قولهم، ويكون ميراثًا بينهم، وإن قالت الورثة هى وقف علينا وعلى نسلنا، ومن بعد ذلك على المساكين، وقال الذى فى يده الضيعة: هى وقف على الفقراء [والمساكين دونكم، فالقول قول الورثة، وإن قال الذى فى

يده الضيعة : هى وقف على الفقراء][1]، ولم يقل : وقفها فلان، وقال قوم : هو وقف علينا، وعلى نسلنا، وقفها أبونا، فالقاضى يقضى بالوقفية، ولا ينظر إلى قول الورثة، هذه الجملة من "أجناس الناطفى".

١١٣٣٠- الوقف الذى تقادم أمره، ومات الشهود الذين يشهدون عليها تنازع فيها قوم، فقال فريق : هى وقف علينا وقفها فلان، وقال فريق آخر : هى وقف علينا وقفها فلان، يعنى ذلك الرجل الذى ادعى الفريق الأول [الوقف] من جهته، فهذه المسألة على وجهين : أحدهما : إذا كان للواقف ورثة أحياء، وفى هذا الوجه يرجع إلى الورثة ؛ لأنهم قائمون مقام الواقف، فيرجع إليهم، سواء كان لها رسوم فى دواوين القضاة، يعملون عليها، أو لم يكن، فأى فريق عيّنه الورثة فالقاضى يجعل الوقف له، وإن لم يكن للواقف ورثة أحياء، فهذا على وجهين أيضًا، إن كان لهذه الأوقاف رسوم فى دواوين القضاة يعملون عليها، فإذا تنازع فيها أهلها، فإنها تجرى على الرسوم الموجودة فى دواوينهم ؛ لأنه دليل ظاهر، وليس هنا دليل هو فوقه.

وإن لم يكن فى دواوين القضاة رسوم يعملون عليها، فالقاضى يجعلها موقوفة، فمن أثبت فى ذلك قضى له ؛ لأنه لا دليل هنا أصلا.

فى "واقعات الناطفى" : فإن اصطلح الفريقان على شيء فيما بينهم، فالقاضى ينفذ ذلك، ويقسم الغلة عليهم بينهم.

١١٣٣١- وإذا كان الأرض فى يدى رجل، وهو يقول : إنها كانت لفلان، وقفها على كذا، وقالت الورثة : بل وقفها الميت علينا وعلى نسلنا، ومن بعدنا على المساكين، والذى قالت الورثة خلاف ما قاله الرجل، فإن القاضى يمضيه على ما أقرّ الورثة إذا لم يجد القاضى فى ديوان الحكم الذى قبلها كتبًا من الصك فيها رسوم الوقف، ولم يكن الوقف فى يد الأمناء [بل وجد إقرار[2] من فى يده، فأما إذا كان الوقف فى يد الأمناء][3]، ولها رسوم فى ديوان من قبله، فإنه لا يقبل قول الورثة فيما ليس فى أيديهم.

سئل شيخ الإسلام عن وقف مشهور اشتبهت مصارفه، وقدر ما يصرف إلى مستحقه،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى "ظ"، وكان فى النسختين : " "ف" و"م" : أقران.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

قال : ينظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان أن قوامها كيف يعملون فيه ، وإلى من يصرفونه ، وكم يعطون ، فيبنى على ذلك ؛ لأن الظاهر أنهم كانوا يفعلون ذلك على موافقة شرط الواقف ، وهو المظنون بحال المسلمين ، فيعمل على ذلك .

١١٣٣٢- فى "فتاوى الفضلى" : وقف فى يد صاحب الأوقاف ، فوجد فى صك ذلك الوقف أن الفاضل من نفقته يصرف إلى فقراء أهل السكة التى فيها الوقف وغيرهم من فقراء المسلمين ، يصرف الفاضل إلى أعيان فقراء السكة الموجودين يوم الوقف ، يضرب لكل واحد منهم بسهم ، ولسائر الفقراء بسهم ، وكل من مات منهم سقط سهمه ، وقسمت بين الباقين منهم على ما وصفت . وإذا انقرض فقراء السكة الموجودين يوم الوقف ، كان فقراء أهل السكة ومن سواهم من فقراء المسلمين فى ذلك سواء ؛ لأن فقراء السكة الموجودين يوم الوقف استحقوا بأعيانهم ، فصار لكل واحد منهم سهم ، وغيرهم من الفقراء ما استحقوا بأعيانهم ، فكان للكل سهم [واحد] .

١١٣٣٣- وفى وقف الخصاف : رجل وقف ضيعة له ، فقال : قد جعلت ضيعتى المعروفة بكذا وهى مشهورة مستغنية بشهرتها عن تحديدها صدقة موقوفة على وجوه سماها ، وجعل آخرها للمساكين جاز ، فإن ادعى الواقف أن قراحاتها لم تدخل فى هذا الوقف ، قال : إن كانت حدود هذه الضيعة مشهورة معروفة ، وكان هذا القراح داخلا فى حدودها ، فهو داخل فى الوقف ، وكذا إذا كانت هذه الضيعة معروفة عند الصلحاء من جيرانها ، وكان هذا القراح منسوبًا إليها ، معروفًا أنه منها ، فهو داخل فى الوقف ، وإن لم يكن الأمر على ما بينا ، فالقول قول الواقف ، ولا يكون هذا القراح داخلا فى الوقف ، وكان القياس أن يقبل قول الواقف [فيها] فما أقر به كان وقفًا صحيحًا ، وما جحد كان مشكلا ، كان القول فيه قول الواقف فيها ، فما أقر به كان وقفًا صحيحًا وما جحد كان مشكلا ، كان القول فيه قول الواقف .

١١٣٣٤- وأما الدار يقفها الرجل ، ولها حجر ، فقال الواقف : إن بعض الحجر لم يدخل فى الوقف ، قال : ما كان من هذه مما يشتمل عليه حدود الدار ، فهى داخلة فى الوقف ، والدار لا تشبه الضياع من قبل جيران الدار ، والملاصقين بها لايكاد يشكل عليهم أمرها وحدودها ، فإن كان أشكل ذلك على الجيران ، حتى لايعرفوها ، فالقول قول الواقف ، ولأهل الوقف أن ينازعوه وأن يستحلفوه على ما أنكر من ذلك ، فإن لم يكن وقفًا على قوم ، وإنما وفق على وجوه البر من يكون الخصم فيه .

قال : من نازعه فى ذلك من المسلمين ، وقدّمه إلى الحاكم ، فإن الحاكم ينظر ، فإن المنازع

في ذلك رجلا من أهل البرّ والصلاح يطوع بالقيام لذلك، ليس ممن يشاكل الناس.

وروى الحاكم: أن يجعله خصمًا في ذلك، فعل ما هو أصلح وفق على يد الواقف يفرق الإنزال على قرابته ومواليه، يفضل البعض على البعض، ويضع فيمن يشاء، ثم مات هذا الواقف، وأوصى إلى آخر، ولم يبين كيف كان سبيل الوقف، والثاني يصرف كما يصرف إليه الأول؛ لأن الظاهر أنّ الأول يصرف إلى المصرف، فإن أشكل على الثاني أن الأول إلى من كان يصرف الزيادة عن قراباته ومواليه يصرف إلى الفقراء -والله تعالى أعلم-.

الفصل الحادى والعشرون
فى المساجد

وهو أنواع :

نوع منه
فى الإضافة إلى ما بعد الموت:

١١٣٣٥- والوصية ليست بشرطٍ لصيرورة المكان مسجداً ولزومًا عند أبى حنيفة رحمه الله بخلاف سائر الأوقاف على مذهبه، وقول أبى حنيفة رحمه الله فى المسجد فى أنه لايشترط الإضافة إلى ما بعد الموت، أو الوصية، كقولهما : وأما القبض والتسليم شرط لصيرورته مسجداً عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبى يوسف : ليس بشرط، حتى إنه عنده يصير مسجداً بمجرد البناء، وعندهما لا يصير مسجداً بمجرد البناء، وعندهما لايصير مسجداً بمجرد البناء ما لم يوجد القبض والتسليم.

١١٣٣٦- وبالصلاة بجماعة يقع القبض والتسليم بلا خلاف، حتى إنه إذا بنى مسجداً، وأذن للناس بالصلاة فيه جماعة، فإنه يصير مسجداً.

ويشترط مع ذلك أن يكون الصلاة بأذان وإقامة جهرًا لا سرّا، حتى لو صلّى جماعة بغير أذان ولا إقامة سرّا لا جهراً، لا يصير مسجداً عندهما، ولا يقع القبض والتسليم بالصلاة وحده عند محمد.

وعن أبى حنيفة رحمه الله روايتان : فى رواية الحسن لا يقع القبض والتسليم، وفى رواية غيره يقع القبض والتسليم.

فإن جعل مؤذنًا وإمامًا، وهو رجل واحد، فأذن وأقام، وصلّى وحده صار مسجداً بالاتفاق؛ لأن أداء صلاته كالجماعة.

ألا ترى أن أصحابنا قالوا : مؤذن مسجد إذا أذن وأقام وصلّى وحده، ليس لمن يجيء بعد ذلك أن يصلّى بالجماعة فى ذلك المسجد.

فى "فتاوى أهل سمرقند" : فإن كان هذا الرجل الذى جعل مسجداً، وصلّى فيه بنفسه، هل يصير مسجداً؟ ذكر هلال فى وقفه ما يدل على أنه يصير مسجداً، فإنه قال : كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول : لا يكون مسجداً حتى يصلّى فيه، وقوله : يصلّى فيه على ما لم يسمِّ

فاعله، فهذا دليل على أنّ صلاته وحده، وصلاة غيره فيه سواء.

وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله: أنه يشترط صلاة غيره، وبقبض المتولى هل يصير مسجداً من غير أن يصلّى فيه، فقد اختلف المشايخ فيه، ويكتفى بصلاة واحدة بالجماعة لصيرورته مسجداً، ذكره فى الوقف للحسن بن زياد.

وفى وقف هلال البصرى والخصاف قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يكون مسجداً حتى يصلّى فيه جماعة بإذنه، قال فى آخر الصلاة: إملاء رواية بشر بن الوليد قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يصير مسجداً حتى ؟؟؟

١١٣٣٧- ولو أمر القوم أن يصلّوا فيه بجماعة صلاة، أو صلوات يومًا، أو شهراً لايكون مسجداً، حتى يقول ما بيناه من القول.

١١٣٣٨- وذكر الصدر الشهيد فى "واقعاته" فى باب العين من كتاب الهبة والصدقة: رجل له أرض ساحة، لا بناء فيها أمر قومًا أن يصلّوا فيها بجماعة، فهذا على ثلاثة أوجه: إما أن أمرهم بالصلاة فيها أبداً نصّا لكان قال: صلّوا فيها أبداً، إذ أمرتم بالصلاة مطلقًا، ونوى الأبد وفى هذين الوجهين صارت الساحة مسجداً، لو مات لا يورث عنه.

وأما إن وقت الأمر باليوم، أو الشهر، أو السنة، وفى هذا الوجه لا تصير الساحة مسجداً إذا مات يورث عنه.

١١٣٣٩- فى "فتاوى أبى الليث": سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عن وقف بجنب المسجد، والوقف على المسجد، فأرادوا أن يزيدوا فى المسجد من ذلك الوقف، قال: يجوز، وينبغى أن يفعلوا ذلك بإذن الحاكم؛ لأن الولاية للحاكم.

وسئل أبو القاسم رحمه الله تعالى عن أهل مسجد، أراد بعضهم أن يجعلوا المسجد رحبة، والرحبة مسجداً، أو يحدثوا له بابًا، أو يحولوا بابه عن موضعه، وأبى البعض ذلك، فإذا اجتمع أكثرهم، وأفضلهم على ذلك، فليس للأقل منعهم عنه.

١١٣٤٠- وفى قسمه "فتاوى أبى الليث": الطريق إذا كان واسعًا، فبنى فيه أهل المحلة مسجداً للعامة، ولا يضر ذلك بالطريق، فلا بأس به؛ لأن الطريق لهم، والمسجد لهم أيضًا. وإن أراد أهل المحلة أن يدخلوا شيئًا من الطريق فى دورهم، نص فى "العيون": أنه ليس لهم ذلك، وإن كان لا يضر ذلك بالطريق؛ لأن الطريق للمسلمين[1]، والدور لأربابها خاصة. وإن أرادوا أن يجعلوا شيئًا من المسجد طريقًا للمسلمين، فقد قيل: لهم ذلك، وأنه صحيح.

---

(١) وفى "ف": لأن الطريق للساكنين.

١١٣٤١- وفي كراهية "فتاوى أهل سمرقند": قوم بنوا مسجداً، واحتاجوا إلى مكان ليتسع، وبجنبه طريق المسلمين، وأخذوا شيئًا من الطريق، وأدخلوه في المسجد، إن كان لا يضر بأصحاب الطريق رجوت أن لا يكون به بأس، ولو ضاق المسجد على الناس، وبجنبه أرض لرجل، يؤخذ أرضه بالقيمة كرهًا منه، فقد صح عن عمر وكثير من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أنهم قد أخذوا أرضين بكره من أصحابها، وزادوا في المسجد الحرام حين ضاق بهم.

وفي "فتاوى النسفي": سئل شيخ الإسلام أبو الحسن عن متولي مسجد جعل منزلا موقوفًا على المسجد مسجداً، وصلى فيه الناس سنين، ثم ترك الناس الصلاة فيه، فأعيد منزلا مستغلا ينفق عليه على ذلك المسجد، كما كان، قال: يجوز، قيل: فهل يصح جعل المتولي المنزل مسجداً؟ قال: لا.

١١٣٤٢- في "فتاوى أبي الليث": سلطان [أذن] لأقوام أن يجعلوا أرضًا من أرض الكورة في مسجدهم، ويزيدوا فيه، ويتخذوا حوانيت موقوفة على مسجدهم، قال الفقيه أبو بكر الإسكاف رحمه الله تعالى: إن كانت البلدة فتحت عنوةً، يجوز أمره إذا كان ذلك لا يضر بالمارة، وإن كانت فتحت صلحًا، لم يجز أمره؛ لأنها إذا فتحت عنوةً صارت ملكًا للغزاة، وللسلطان فيها تدبير، فإن له الخيار في الأراضي التي فتحت عنوةً، إن شاء قسمها بين الغانمين، وإن شاء منّ على أهلها برقابهم وأراضيهم، وإن شاء دفع البعض إلى الغانمين، وترك البعض على أهلها، وإذا كان للسلطان تدبير فيها، صح أمره فيها، أما الأراضي التي فتحت صلحا، بقيت على ملك مالكها، ولا تدبير للإمام فيها، فلم يصح أمر الإمام فيه.

١١٣٤٣- وفي "الجامع الصغير": رجل [جعل] داره مسجداً تحته سرداب، أو فوقه بيت، وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله، فإنه لا يصير مسجداً حتى لو مات يورث عنه، وله أن يبيعه حال حياته؛ لأن المسجد ما يكون لله تعالى خالصًا، وفي هذين الفصلين لا خلوص؛ لأن الأرض والسطح من هذا المسجد لا يكون لله تعالى.

١١٣٤٤- وفي "المنتقى": اتخذ من داره مسجداً أشرعه، وجعل على الظلال[1] منه غرفة ومسكنًا، فهذا ملك له، وله أن يبيعه، وكذلك الصحن[2] الذي ليس عليه بناء، ولا تحته مسكن يزيد، كما أنه لا يثبت لما تحت المسكن حكم المسجد، لا يثبت للباقي وهو الصحن حكم

---

(١) وفي "م": على الطاق من غرفة.

(٢) هكذا في "ف" و "م"، وكان في الأصل و ظ": الصحراء.

المسجد، لما أشار إليه في الكتاب أن هذا مسجد واحد، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه أجاز أن يكون الأسفل مسجدًا، والأعلى ملكًا، لأن الأسفل أصل، عن محمد رحمه الله تعالى: أنه حين دخل الري، ورأى ضيق الأمكنة، جوز ذلك.

وإن [جعل][1] وسط داره مسجدًا، وأذن للناس بالدخول فيه، فله أن يبيعه، وإن مات يورث عنه في "الأجناس".

١١٣٤٥- وفي "نوادر هشام": قال: سألت محمد بن الحسن عن نهر قرية كبيرة لأهل [لا] يحصى عددهم، وهو نهر قناة، أو نهر وادي لهم خاصة، أراد قوم أن يعمروا بعض هذا النهر، ويبنوا عليه مسجدًا [ولا يضر ذلك بالنهر] ولا يتعرض لهم أحد من أهل النهر، قال محمد رحمه الله تعالى: يسعهم أن يبنوا ذلك المسجد للعامة أو المحلة، ولو كان مسجد في محلة ضاق على أهله، ولا يسعهم أن يزيدوا فيه، فسألهم بعض الجيران أن يجعلوا ذلك المسجد له، ليدخل هو داره، ويعطهم مكانه عوضًا عما هو خيرًا له، فيبيع منه أهل المحلة، قال محمد رحمه الله تعالى: لا يسعهم ذلك.

إن أراد إنسان أن يتخذ تحت المسجد حوانيت غلة لمرمة المسجد، أو فوقه، ليس له ذلك، في "الحاوي" و في "المنتقى": إذا بنى الرجل مسجدًا، وبنى فوقه غرفة، وهو في يده، فله ذلك، وإن كان حين بناه خلى بينه وبين الناس، ثم جاء بعد ذلك يبني لا يترك.

١١٣٤٦- في الفتاوى: سئل أبوالقاسم عمن أراد أن يهدم مسجدًا ويبنيه [أحكم من بناءه] الأول، قال: ليس له ذلك، تأويل هذه المسألة إذا لم يكن هذا الرجل من أهل هذه المحلة، فقد ذكر في "الواقعات" عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: لأهل المسجد أن يهدموا المسجد، ويجددوا بناءه، ويضعوا الجباب، ويعلقوا القناديل، ولو أصاب من قناديلهم رأس رجل، لا ضمان عليهم، ولو علق أهل محلة أخرى، ضمنوا. وهذا إذا أراد أهل المحلة أن يعلقوا ذلك من مال أنفسهم، فأما إذا أرادوا أن يعلقوا ذلك من مال الوقف، ليس لهم ذلك، إلا أن يأمر القاضي؛ لأن هذا تصرف بالوقف، وليس لهم هذه الولاية.

نوع آخر منه:

١١٣٤٧- إذا جعل أرضًا له مسجدًا، وشرط من ذلك شيئًا لنفسه، لا يصح بالإجماع، فرق بين هذا وبين ما إذا وقف أرضًا له على الفقراء، وشرط بعض الغلة لنفسه، فإنه يصح، والفرق يخرج على ما ذكر في تلك المسألة، يعرف ذلك بالتأمل -إن شاء الله تعالى-. ومعنى

---

(١) هكذا في جميع النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: أن يفعل.

آخر للفرق أن في الوقف يصير شارطًا لنفسه من ملك الغير ؛ لأن العين بالوقف يزول عن ملكه إلى الله تعالى ؛ لأنه لا يشترط لنفسه شيئًا من العين إنما يشترط من الغلة والمنفعة، وإذا زال العين عن [ملكه، فالمنافع تحدث على ملك الله تعالى، فصار شارطًا لنفسه من ملك][1] الغير، فيصح، وفي المسجد يصير شارطًا لنفسه بعض ملك نفسه، فلا يصح.

١١٣٤٨- وفي وقف الخصاف : إذا جعل أرضه مسجدًا، وبناه، وأشهد أن له إبطاله وبيعه، فهو شرط باطل، ويكون مسجدًا، ولا يشبه الوقف، وأشار إلى الفرق، فقال : ألا ترى لو بنى مسجدًا لأهل محلة[2]، وقال : جعلت هذا المسجد لأهل هذه المحلة[3] خاصة، كان لغير أهل تلك المحلة أن يصلي فيه، وفي الوقف لا يرجع إلى غير من شرط له.

١١٣٤٩- إذا جعل أرضه مسجدًا، فخرب ما حول المسجد من المحلة، واستغنى أهل المحلة عن ذلك المسجد، عاد إلى ملك بانيه، إن كان حيًّا، وإلى ملك ورثته إن كان ميتًا عند محمد رحمه الله تعالى.

١١٣٥٠- وفي "السير الكبير" : إذا خربت القرية التي فيها المسجد، وجعلت مزارع، وخرب المسجد، فلا يصلى فيه، فلا بأس بأن يأخذه صاحبه، ويبيعه ممن يجعله مزرعة، أو يجعله مزرعة لنفسه، وهو قول محمد، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : لا يعود إلى ملك الباني إن كان حيًّا، ولا إلى ملك ورثته إن كان ميتًا، وهو مسجد أبدًا على حاله.

١١٣٥١- فمحمد رحمه الله تعالى يقول : إنه أزال ملكه لجهة [وقد بطلت تلك الجهة لو بقيت الإزالة كانت الإزالة مطلقًا، وبهذا الطريق : لو كفن ميتًا، ثم افترسه سبع، أعاد الكفن إلى ملك صاحبه، وكذا لو علق قنديلا أو بسط حصيرًا، أو بوارى في المسجد، ثم خرب المسجد، واستغنى عنه، عادت هذه الأشياء إلى ملك صاحبها.

وأبو يوسف يقول : أزال ملكه بجهة][4]، ولكن لم تبطل تلك الجهة ؛ لأن ما جعله مسجدًا ليصلي فيه أهل هذه المحلة لا غير، وإنما جعلها مسجدًا ليصلي فيه العامة ؛ لأن للعامة حق إقامة الصلاة في المساجد، والصحيح من مذهب أبي يوسف رحمه الله تعالى في فصل

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفي "ظ" : لأجل محلة.

(٣) وفي "ظ" : لأجل هذه المحلة.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الحصير : أنه لا يعود إلى ملك صاحبه بخراب المسجد ، بل يحول إلى مسجد آخر ، ويبيعه قيّم المسجد للمسجد ، وأما فصل الكفن قلنا : تكفين الميت ليس بإزالة للعين عن ملكه ، بل هو تبرع بالمنفعة لحاجة الميت ، فكان بمنزلة العارية حالة الحياة .

١١٣٥٢- وقال محمد رحمه الله تعالى : فى الفرس إذا جعله الرجل حبيسًا فى سبيل الله تعالى ، فصار بحال لا يستطيع أن يركب : إنه يباع ويصير ثمنه لصاحبه ، أو ورثته على حسب ما قال فى المسجد.

١١٣٥٣- ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى فى "واقعاته" : أن من جعل جنازة وملاءة ومغتسلا الذى يقال له بالفارسية : حوض شستن وقفًا فى محلة ، فمات أهلها كلها ، لا يرد إلى الورثة ، بل يحمل إلى مكان آخر ، قال رحمه الله تعالى : [فرق محمد رحمه الله] بين هذا وبين المسجد إذا خرب ما حوله[1] أنه يصير ميراثًا ، وفى هذا الفصل نوع إشكال : وينبغى أن يعود إلى ملك الوارث على قياس مسألة الحصير والبوارى ، ولئن صح هذا من محمد ، تصير هذه المسألة رواية فى الحصير والبوارى : أنه لا يعود إلى الوارث .

١١٣٥٤- وفى "المنتقى" : فى المسجد يريد أهل المحلة أن يحولوه إلى موضع آخر ، فإن ترك هذا حتى لا يصلى فيه ، فللناس أن ينتفعوا به ، ويجعلوا المسجد فى غير هذا الموضع بمنزلة الخراب ، وتأويل هذا إذا لم يعرف للمسجد بانٍ على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، فأما إذا لم يترك كما وصفت لك ، فإنهم لا يبيعونه ولا يتخذونه مسكنا ، وهذه المسألة على هذا التفصيل إنما تتأتى على قول محمد رحمه الله تعالى .

١١٣٥٥- وفى "الأجناس" : إذا خرب المسجد ، ولا يعرف بانيه ، وبنى أهل المسجد مسجدًا آخر ، ثم أجمعوا على بيعه ، واستعانوا بثمنه فى ثمن المسجد الآخر ، فلا بأس به . قال أبو العباس الناطفى فى "الأجناس" : فقياسه فى وقف هذا المسجد أنه يجوز صرفه إلى [عمارة] مسجد آخر ، كما إذا لم يعرف الواقف ، ولا وارثه ، فأما إذا عرف لأهل المسجد بانٍ ، فليس لأهل المسجد أن يبيعوه ؛ لأنه لما خرب ، ووقع الاستغناء عنه ، عاد إلى ملك بانيه ، أو ورثته ، فلا يكون لأهله أن يبيعوه . وما ذكر من الجواب إذا لم يعرف بانيه قول محمد رحمه الله تعالى ، لا قول أبى يوسف ؛ لأن على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى : هو مسجد أبدًا ، فلا يكون لأهل المسجد أن يبيعوه .

١١٣٥٦- وعن ابن سلمة عن السمنى : قال محمد رحمه الله تعالى : فى المسجد إذا

---

(١) هكذا فى "ف" و "م" ، وكان فى الأصل و "ظ" : من حوله .

خرب، فلا يعرف بانيه، فحكمه حكم أرض عامرة [لا يعرف] لها رب، فيكون أمرها إلى الإمام. قال أبوالعباس الناطفى فى "الأجناس": اختلفت الروايات فى تولية بيع المسجد والأوقاف إذا خربت، ذكر فى نوادر هشام فى باب الوصايا فى الوقف: إذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين، فللقاضى أن يبيعه، ويشترى بثمنه آخر، ولا يجوز بيعه إلا للقاضى فى قول محمد رحمه الله تعالى، وفى "الجامع الكيسانى": إذا جعلت امرأة مصحفًا حبيسًا فى سبيل الله، وتخرق المصحف، وبقيت الفضة التى عليه رفع ذلك إلى القاضى حتى يبيعه، ويشترى به مصحفًا مستقبلا، فيجعله حبيسًا.

١١٣٥٧- ولو جعل فرسًا حبيسًا فى سبيل الله، فأصابه عيب، لا يقدر [على] أن يغزى عليه، لا بأس للوكيل أن يبيعه، يريد به القيم، ثم يشترى بثمنه فرس آخر، يغزى عليه، فبيع الوكيل جائز فى ذلك بغير أمر القاضى، وهو بمنزلة المسجد إذا خربت القرية كان لصاحبه أن يأخذه ويبيعه.

فرع على مسألة المصحف لو صار المصحف بحال لا يعطى بثمنه مصحف يرد ذلك على الورثة، فاقتسموه على فرائض الله تعالى، قال فى "الكيسانى" وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

١١٣٥٨- وفى "الوصايا": أملأ رواية بشر بن الوليد إذا جعل أرضه صدقة موقوفة بما فيه من الرقيق والبقر والآلة، فتغير عن حاله حتى لا ينتفع به فى الصدقة، ليس له بيعه إلا بأمر القاضى.

نوع [آخر] منه
فى المسائل التى تعود إلى بانى المسجد:

١١٣٥٩- فى "المنتقى": فى وصايا ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى بوارى المسجد، لم يكن له أن يأخذها، ولو اشترى قناديل المسجد، أو حبايا، فوضع فى المسجد، كان له أن يأخذ ذلك، فقد فرق على هذه الرواية بين البوارى وبين القناديل، والجباب، ذكر فى "المنتقى" أيضًا بعد هذه المسألة بمسائل إبراهيم عن محمد عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: إذا طرح الرجل البوارى فى المسجد، فليس بميراث، وهو قول محمد رحمه الله تعالى، وكذلك قال محمد فى القناديل، سوى فى رواية إبراهيم بين القناديل والبوارى.

١١٣٦٠- بوارى المسجد إذا صارت خلقًا، واستغنى أهل المسجد عنها، وقد طرحها إنسان، فإن كان الذى طرحها حيّا، فهى له؛ لأنها لم تزل عن ملكه، هكذا ذكر الصدر الشهيد فى "واقعاته"، وهذا التعليل ليس بصحيح، فإن أحدًا من العلماء لم يقل: بأن البوارى لا تزول عن ملكه، وإنما اختلفوا فى عودها إلى ملكه عند وقوع الاستغناء عنها، على ما مر قبل هذا. وإن كان الذى قد طرحها ميتًا، ولم يدع وارثًا آخر، أرجو أنه لا بأس بأن يدفع أهل المسجد إلى فقير، أو يبيعوه، وينتفعون بالثمن فى شراء حصير آخر للمسجد، قال الصدر الشهيد: هكذا ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى فى "فتاواه"، قال: والفتوى على أنه لايجوز إذا فعلوا ذلك من غير أمر القاضى.

١١٣٦١- وفى "المنتقى": بوارى المسجد إذا خلقت، فصار لا ينتفع بها، فأراد الذى بسطها أن يأخذها، ويتصدق بها، ويشترى مكانها، فله ذلك، وإن كان هو غائبًا، فأراد أهل المحلة أن يأخذوا البوارى، فيتصدقوا بها بعد ما خلقت، لم يكن لهم ذلك إذا كان لها قيمة، وإن لم يكن لها قيمة، فلا بأس بذلك.

١١٣٦٢- فى "فتاوى أبى الليث": سئل الفقيه أبو بكر[1] عن حشيش المسجد يخرج عن المسجد أيام الربيع، قال: إن لم يكن له قيمة، لا بأس بطرحه خارج المسجد، ولا بأس برفعه والانتفاع به، وفى كراهية "فتاوى أهل سمرقند" مثل ذلك، قال فى "فتاوى أهل سمرقند": حشيش المسجد إذا كان له قيمة، فلا بأس لأهل المسجد أن يبيعوا، وإن رفعوا إلى الحاكم، فهو أحبّ إلى، وكذلك الجنازة والنعش إذا فسد، فلأهل المسجد أن يبيعوها، وإن رفعوا إلى الحاكم، فهو أحب، قال الصدر الشهيد: وهو المختار للفتوى أنهم لا يبيعون إلا بأمر الحاكم؛ لأن البيع يعتمد الولاية، ولاولاية لهم.

١١٣٦٣- فى "فتاوى أبى الليث": إذا رفع من حشيش المسجد، وجعله قطعًا بالسواد، فهو ضامن له؛ لأن له قيمة، حتى حكى عن الشيخ أبى حفص السفكردرى رحمه الله تعالى: أنه أوصى فى آخر عمره بخمسين درهمًا لحشيش المسجد.

١١٣٦٤- فى "فتاوى أبى الليث": سئل أبو بكر عن سراج المسجد، هل يجوز تركه فى المسجد؟ فاعلم بأن ههنا ثلاث مسائل: إحداها: إذا تركوها من وقت المغرب إلى وقت العشاء، والحكم فيها أنه لا بأس بها، والثانية: إذا تركوها كل الليل، وأنه لا يجوز إلا فى موضع جرت العادة بذلك، كمسجد بيت المقدس، والحرم، ومسجد رسول الله ﷺ،

(١) هكذا فى النسختين: "م" و"ف"، وكان فى الأصل و"ظ": أبو الليث.

والثالثة : إذا تركوها بعض الليل ، وأنه جائز إلى ثلث الليل ؛ لأن لهم تأخير العشاء إلى ثلث الليل ، بل يستحب لهم ذلك ، وإنما يسرج فى المسجد لأداء الصلاة ، ويجوز ترك السراج فى المسجد إلى وقت أداء الصلاة إذا كان فى الدهن متسع ، فقيل له : أيجوز أن يدرس فى المسجد بضوء سراج المسجد؟ فقال : إن وضعوا السراج لأجل الصلاة يجوز ، وإن وضعوا السراج لا لأجل الصلاة ، بأن فرغوا من الصلاة ، وذهبوا ، وتركوا السراج فى المسجد ، فإن تركوا إلى ثلث الليل جاز التدريس بضوءه ، فلا يبطل هذا الحق بالتعجيل ، وإن أخروا أكثر من ثلث الليل لا يجوز التدريس بضوءه ؛ إذ ليس لهم تأخير الصلاة إلى هذا الوقت ، فلو جاز التدريس بضوءه ، جاز مقصودًا ، وأنه لا يجوز .

١١٣٦٥- سئل أبو القاسم عن شراء الدهن أو الحصير للمسجد ، أيهما أفضل؟ قال : هما سواء ، قال الفقيه أبو الليث : إن كان المسجد محتاجًا إلى أحدهما ، فشراءه أفضل ، وإن كان سواء فى الحاجة إليهما ، كانا فى الثواب والأجر سواء أيضًا .

١١٣٦٦- وسئل نصير رحمه الله تعالى عن ديباج الكعبة إذا أخلق ، قال : لا يجوز أخذه ، ولكن للسلطان أن يبيعه ، ويستعين به على أمر الكعبة.

نوع [آخر] منه
فى المسائل التى تعود إلى الوقف على المسجد ، وما يتصل به:

١١٣٦٧- سئل الفقيه أبو القاسم عمن أراد أن يقف أرضًا له على المسجد فى عمارته ، وما يحتاج إليه من الدهن [وغيره] كيف يفعل حتى يكون آمنًا عن البطلان؟ قال : يقول : وقفت أرضى التى فى موضع كذا ، أحد حدودها كذا ، والثانى والثالث والرابع كذا بحقوقها ومرافقها [وقفًا] مؤبدًا فى حياتى وبعد مماتى على أن يستغل بوجوه غلاتها ، ويبدأ من غلاتها بما فيه من [عمارتها] وأجر القوام عليها ، ويرفع من غلاتها ما يحتاج إليه من أبوابها ، فما فضل من ذلك يصرف إلى عمارة المسجد بموضع كذا ، ويعرف المسجد ، ودهنه وحصيره ، وما فيه مصلحة المسجد ، على أن للقيم أن يتصرف على ما يرى فيه ، وإذا استغنى هذا المسجد صرفت الغلة إلى فقراء المسلمين . وإن أراد أن يزيد فى الاحتياط ، يرجع بعد ما سلم إلى المتولى ، حتى يخاصمه عند القاضى ، فيقضى القاضى بجواز الوقف ، فلزومه وبطلان رجوعه .

إذا وقف الرجل أرضًا له على مسجد ، ولم يجعل آخره للمساكين ، كان محمد بن سلمة يقول : يجب أن يكون هذا الفصل على الاختلاف ، عند محمد رحمه الله تعالى

لايصح ؛ لأن عنده إذا خرب ما حول المسجد، بطل المسجد، وعاد ملكًا له، أو ميراثًا لورثته، فلا يكون الوقف مؤبدًا، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله[1] تعالى : يصح ؛ لأن عنده المسجد لا يبطل بخراب ماحوله، وكان الوقف مؤبدًا، إن قلنا : إن التأبيد عنده شرط، كيف كان، وأن فى اشتراط التأبيد على قوله اختلاف المشايخ رحمهم اله تعالى على ما مر، وكان أبو بكر الإسكاف يقول : ينبغى أن لا يصح الوقف عندهم جميعًا، أما عند محمد لما ذكرنا، وأما عند أبى يوسف ؛ فلأن الوقف على المسجد وقف على عمارته، والمسجد اسم البقعة لا تعلق له بالبناء، والصلاة فيها ممكن بدون البناء، فلا يكون بناءه قربة حقيقة، فلا يصح الوقف.

وكان أبو بكر بن سعيد يقول : ينبغى أن يصح الوقف بلا خلاف ؛ لأن البناء إن لم يكن مسجدًا حقيقة، ولكن إذا وصل بالمسجد يصير تبعًا له، ويصير منه حكمًا، ألا ترى أن البناء يستحق بالشفعة تبعًا للمنفعة، وإذا كان كذلك صار بناء المسجد من طريق الحكم كجزء من المسجد، فيصير الوقف على عمارته بمنزلة جعل الأرض مسجدًا، وبمنزلة زيادة فى المسجد، فيكون قربه مسجد. وما يتوهم من الانقطاع بخراب ما حوله عند محمد لا يمنع صحة الوقف، كما لا يمنع صحة جعل داره مسجدًا. وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى يقول : هذا القول أحبّ إلى، وعلى هذا فقهاء الأمصار، ولو كان الوقف على المساجد صح ؛ لأن جنس هذه القربة لا تنقطع ما دام الإسلام باقيًا.

١١٣٦٨- وفى "الأجناس" وفى "جامع على بن زيد الطبرى" : سمعت محمد بن الحسن يذكر عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : ولو جعل أرضًا وقفًا له على المسجد جاز.

وفى "فتاوى أبى الليث" : سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عمن قال : جعلت حجرتى لدهن سراج المسجد، ولم يزد على هذا، صارت الحجرة وقفًا على المسجد بما قال، ليس له الرجوع، ولا له أن يجعله لغيره، وهذا إذا سلمه إلى المتولى عند محمد، وليس للمتولى أن يصرف غلتها إلى غير الدهن ؛ لأن الواقف وقفها على دهن المسجد.

١١٣٦٩- وفيه أيضًا : لو قال : هذه الشجرة للمسجد، لا تصير للمسجد حتى تسلم إلى متولى المسجد؛ لأن قوله : هذه الشجرة، إن كانت هبة لا تعمل إلا بالتسليم عند الكل، وإن كان وقفًا، لا يعمل إلا بالتسليم عند محمد رحمه الله تعالى، وعليه الفتوى.

١١٣٧٠- فى "الأجناس" : وفى الصلاة إملاء : لو تصدق بدلو [على] المسجد، لايجوز، ويكون ميراثًا؛ لأن المسجد لا يتصدق عليه، وكذلك لو تصدق على طريق

---

(١) وفى "ف" : وعلى قياس أبى يوسف.

المسلمين .

وذكر الصدر الشهيد فى باب الواو إذا تصدق على المسجد، أو على طريق المسلمين [تكلموا][١] فيه، والمختار أنه يجوز كالوقف .

١١٣٧١- وفى "الأجناس" أيضًا : إذا وقف أرضه على مرمة مسجد كذا، وثمن بواريه وزيت قناديله، وقال : إن استغنى عنه المسجد، كانت الغلة للمساكين، حتى جاز بالإجماع، واجتمعت الغلة، والمسجد لا يحتاج إلى المرمة للحال، إلا أنهم خافوا تعطيل الغلة، وحاجة المسجد إلى المرمة، فلا بأس بأن يحبسوا ذلك إلى أن يحتاج إليه المسجد، قال : إلا أن يكون الغلة دارة [فيتصدق][٢] ما يفضل من الغلة على المساكين . ولو انهدم هذا المسجد، فاحتاج أهله أن يبنوه، وقد حصل من غلة هذا المسجد ما يكفيه لبناءه، فإنه لا يصرف هذه الغلة إلى البناء؛ لأن الواقف جعل هذا الوقف على مرمته، ومرمته تطيين سطحه وأجذاع يدخل فى سقفه، وما أشبهه، أما ما جعل الوقف على البناء .

١١٣٧٢- وفى "نوادر هشام" : إذا قال : أوصيت بثلث مالى للمسجد، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : هو باطل إلا أن يقول : ينفق على المسجد، وقال محمد : يجوز، ويصرف إلى عمارته، وكذلك إذا قال : لبيت المقدس، جاز، قال : وينفق على بيت المقدس فى سراجه، ونحوه، قال الشيخ الإمام أبوالعباس الناطفى رحمه الله تعالى : فعلى قياس هذا فى المسألة الأولى : يجوز أن يصرف إلى دهن المسجد .

١١٣٧٣- وفى "نوادر بن سماعة" : عن محمد رحمه الله تعالى : إذا قال : أوصيت بثلث مالى لسراج المسجد، لا يجوز [حتى يقول : يسرج بها فى المسجد، وهو نظير ما لو أوصى بثلث ماله لدواب فلان، لا يجوز][٣]، ولو أوصى بثلث ماله لتعليف دواب فلان يجوز .

١١٣٧٤- وفى "مجموع النوازل" : سئل شيخ الإسلام أبو الحسن عن رجل قال : وقفت الدار على مسجد كذا، ولم يزد على هذا، وسلمها إلى المتولى صح، وإن لم يشترط التأبيد، ولم يجعل آخره لفقراء المسلمين، قال : وهذا يكون [تمليكًا] للمسجد، وهبة، فيتم

---

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل : اختلفوا فيه .

(٢) هكذا فى "ف"، وكان فى الأصل والنسختين : "ظ" و"م" : فيفرق .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

بالقبض، وإثبات الملك للمسجد على هذا الوجه يصح، فإن المتولى إذا اشترى من غلة المسجد دارًا للمسجد يصح، وكذا من أعطى دراهم فى عمارة المسجد، أو نفقة المسجد، أو مصالح المسجد يصح، وكذا إذا اشترى [المتولى] عبدًا لخدمة المسجد يصح كل ذلك، فيصح هذا بطريق التمليك بالهبة، وإن كان لا يصح بطريق الوقف.

١١٣٧٥- قال: والمحفوظ من مشايخى وأستاذى أن المريض مرض الموت إذا قال: وقفت دارى على مسجد كذا، ولم يزد على هذا، ولم يسلم الدار، يصح ذلك، فيكون وصية، والوصية تصح بغير قبض، ويكون تمليكًا، فكذا هنا، غير أن فرق ما بينهما أن الحاصل فى مرض الموت وصية، والوصية تصح بغير تسليم، والحاصل فى حالة الصحة هبة، فلا يتم[1] إلا بالتسليم.

١١٣٧٦- فى "فتاوى أبى الليث": سئل أبو القاسم عمن أوصى بشىء من ماله لعمارة المسجد، قال: عمارة المسجد فى بناءه دون تزيينه، قيل له: المنارة؟ قال: ذلك من بناء المسجد، فيجوز أن يبنى به المنارة، فى هذا الكتاب أيضًا: سئل أبو بكر عن بناء المنارة من غلة المسجد، قال: إن كان فى البناء مصلحة للمسجد [وتفسير المصلحة أن يكون أسمع للقوم]، يجوز، وإن لم يكن فى البناء مصلحة للمسجد [وتفسيره أن يكون المسجد فى موضع يسمع جميع أهل الأذان من غير المنارة] لايجوز.

١١٣٧٧- وسئل أبو بكر عمّن وقف أرضًا على عمارة المسجد، وشرط أن ما فضل من عمارته يصرف إلى الفقراء، فاجتمعت الغلة، والمسجد غير محتاج إلى العمارة فى الحال، قال: تحبس الغلة؛ لأنه ربما يحدث حدث بالمسجد، والأرض يصير بحال لا يغل، هكذا كان يقول الفقيه أبو جعفر، وقد ذكرنا هذه المسألة قبل هذه الصفحة، قال الفقيه أبوالليث: والصحيح عندى أنه إذا اجتمع من الغلة [مقدار ما لو احتاج المسجد والأرض إلى العمارة، يمكن العمارة منها، ويبقى زيادة شىء من الغلة][2] يصرف الزيادة إلى الفقراء على ما شرط الواقف.

١١٣٧٨- سئل أبو نصر عما إذا كان الوقف على [مرمة] المسجد، هل للقيم شراء السلم من ذلك، ليرتقى على السطح، يكنس السطح، ويطينه، وهل يعطى من غلته للذى يخرج الثلج، ويكنسه، ويخرج ما اجتمع عليه من التراب؟ قال: للقيم أن يفعل ما فى تركه خراب

---

(١) وفى "ظ": فلا تصح.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

المسجد، وسئل أبو بكر عمن أوصى بثلث ماله لأعمال البر، هل يجوز أن يسرج في المسجد؟ قال: يجوز، قال: ولا يجوز أن يزاد على سراج المسجد [سواء كان في شهر رمضان أو غيره؛ لأن فيه إصرافًا، قال: ولايزين به المسجد][١].

١١٣٧٩- وسئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عن مسجد بابه على مهب الريح، فيصيب المطر باب المسجد فيفسد، ويبتل داخل المسجد وخارجه، ويشق على الناس الدخول في المسجد، يجوز أن يتخذوا من غلة المسجد ظلة، قال: إن لم يضر بأعلى الطريق، يجوز، في وقف الخصاف.

نوع آخر منه
في المسائل التي تعود إلى قيّم المسجد، وما يتصل به:

١١٣٨٠- في "فتاوى أبي الليث": سئل الفقيه أبو القاسم رحمه الله تعالى عن قيم جعله القاضي قيما على غلاتها، وجعل له معلومًا يأخذ كل سنة، حل له الأخذ إن كان مقدار أجر مثله؛ لأن للقاضي أن يستأجر أجيرًا بأجر مثله لذلك، وإن لم يشترط الواقف، ولو نصب خادمًا للمسجد، والباقي بحاله [إن كان الواقف شرط ذلك في الوقف، حل له الأخذ، وإن لم يكن شرط ذلك في الوقف لا يحل له][٢]؛ لأنه إذا لم يشترط الواقف ذلك، لا يحل للقاضي نصب الخادم بالأجر، فلا يحل للخادم القبض أيضًا، هكذا ذكر، وفيه نظر يعرف بالتأمل -إن شاء الله تعالى- وقد مرّ نصب الخادم في الخان الموقوف في الفصل السابع من هذا الكتاب في "فتاوى أبي الليث" أيضًا.

١١٣٨١- مسجد له مستغلات وأوقاف، فأراد المتولي أن يفرش الآجرّ، ويشتري الحصير، أو الدهن للمسجد، أو ما أشبهه، أما فرش الآجرّ، فله ذلك؛ لأنه من باب البناء، وأما شراء الدهن والحصير، فلا يخلو عن ثلاثة أوجه: إما إن وسع الواقف ذلك على القيم، بأن قال: يفعل القيم ما يرى من مصلحة المسجد وبناءه، وفي هذا الوجه له ذلك، وإما إن لم يسع عليه، وجعله لعمارة المسجد وبناءه، وفي هذا الوجه ليس له ذلك، وإما إن لم يعرف شرط الواقف، وفي هذا الوجه ينظر إلى ما قبله إن كانوا يشترون منه الدهن والحصير والحشيش، له أن يفعل، وما لا فلا. وقيل: ذكر المصلحة والعمارة وتركه سواء، ولا يمكن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

المتولى من شراء الدهن والحصير ، وإذا أراد أن يصرف شيئًا من ذلك إلى إمام المسجد ، أو إلى مؤذن المسجد ، فليس له ذلك، إلا إذا كان الواقف شرط ذلك فى الوقف .

١١٣٨٢- قرية فيها أراضى وقف على إمام المسجد تصرف إليه غلتها وقت الإدراك ، فأخذ الإمام الغلة وقت الإدراك ، وذهب عن تلك القرية ، هل يسترد منه بعض ما أخذ حصة ما بقى من السنة؟ قالوا : لا يسترد، وهو نظير موت القاضى فى خلال السنة ، وقد أخذ الرزق . وهل يحل للإمام أكل حصة ما بقى من السنة؟ إن كان فقيراً يحل ، وكذلك الحكم فى طلبة العلم فى المدارس يريد به إذا كان الوقف على طلبة العلم ، وكانوا يعطون فى كل سنة شيئًا مقدراً من الغلة وقت الإدراك ، فأخذ واحد منهم قسطه وقت الإدراك ، وتحول عن تلك المدرسة ، قال هلال فى وقفه فى باب الرجل : يقف الأرض والدار على قوم معلومين ، وسقط شيء من بناء الدار ، ولو أن بناء مسجد انهار ، ولم يمكن إعادته بعينه إلى البناء ، فباع أهل المسجد النقض يجوز ، ويصرف ثمنه إلى عمارة المسجد لما ذكرنا .

وقوله : فباع أهل المسجد ، يحتمل أن يكون المراد منه باعه قيّم المسجد ؛ لأنه أضيف بيعه إليهم ؛ لأن القاضى قلده ذلك باختيارهم ، فصار فعل مختارهم كفعلهم ، ويحتمل أن يكون المراد منه أهل الجماعة ، وهذا هو الظاهر .

وروى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى : أنه قال : إذا كان أصحاب الخطة أحياء ، فتدبير ذلك النقض إليهم [لأن تدبير المسجد إليه][1] ؛ لأن الظاهر أن أصحاب الخطة يبنون المسجد بأموالهم ، فما بقى واحد منهم ، فالتدبير فى المسجد إليهم دون السكان ، فإذا انقرضوا ، فأولادهم الذكور البالغون بمنزلتهم ، وإذا انقرضوا ، ولم يكن لهم ولد بالغ ، فالتدبير إلى السكان ، واعتبر هذه الفصول بالقسامة .

قيم المسجد إذا أراد أن يبنى حوانيتَ فى حد المسجد وفى فنائه : لا يجوز ، أما المسجد فلأنه إذا جعل المسجد مسكنًا ، يسقط حرمة المسجد ، وأما الفناء ، فلأنه تبع المسجد .

١١٣٨٣- مسجد له أوقاف مختلفة ، لا بأس للقيم أن يخلط غلتها كلها ، وإن خرب حانوت منها ، فلا بأس بعمارته من غلة حانوت آخر ؛ لأن الكل للمسجد ، سواء كان الواقف واحداً ، أو كان الواقف مختلفًا ؛ لأن المعنى يجمعهما .

١١٣٨٤- متولى وقف وعليه مشرف ، ليس للمشرف أن يتصرف فى الوقف ؛ لأن المفوض إلى المشرف الحفظ لا غير .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م" .

١١٣٨٥- فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى" : أهل المسجد إذا باعوا غلة المسجد، أو ترك المسجد، أو أمروا رجلا ببيعه، أو باعوا نقض المسجد، إذا استغنى المسجد عن ذلك، أو أمروا رجلا بالبيع، فهذا على وجهين: إما إن فعلوا بأمر القاضى، أولا بأمره، ففى الوجه الأول يجوز؛ لأن للقاضى هذه الولاية، وفى الوجه الثانى ذكر هنا أنه يرجى أن يجوز، قال الصدر الشهيد: والفتوى على أنه لايجوز؛ لأنه ليس لهم هذه الولاية.

١١٣٨٦- فى "فتاوى أبى الليث" : مسجد بجنبه نهر ماء، فانكسر حائط المسجد من ذلك الماء، ينبغى لأهل المسجد أن يرفعوا الأمر إلى القاضى، ليأمر القاضى أهل النهر بإصلاحه، حتى إذا لم يصلحوا بعد [أمره] وانهدم حائط المسجد، ضمنوا قيمة ما انهدم؛ لأنهم صاروا مسببين للتلف بترك الإصلاح، وهذا التسبب بعدُ لما كان بعد الإشهاد، ذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى نفقاته عن مشايخ بلخ: أن المسجد إذا كان له أوقاف، لم يكن له متولى، فقام واحد من أهل المحلة فى جمع الأوقاف، وأنفق على المسجد فيما يحتاج إليه من الحصير والحشيش وغير ذلك، لا ضمان عليه فيما فعل استحسانًا فيما بينه وبين الله تعالى، فأما إذا أخبر الحاكم بذلك، وأقر به عنده، ضمنه الحاكم.

١١٣٨٧- الفاضل من وقف المسجد هل يصرف إلى الفقراء؟ قيل: لا يصرف، وأنه صحيح، ولكن يشترى به مستغلا للمسجد.

١١٣٨٨- وفى "الفتاوى الأصغر" : متولى الوقف إذا أنفق على قناديل المسجد من وقف المسجد جاز، وقد ذكرنا قبل هذا بخلافه فى "الواقعات" للصدر الشهيد.

١١٣٨٩- وقف صحيح على مصالح مسجد، فمات القيم، فاجتمع أهل المسجد، وجعلوا رجلا متوليا بغير أمر القاضى، فقام هذا المتولى مدة على ذلك، وصرف من غلاته، فأنفق على المسجد بالمعروف، تكلم المشايخ رحمهم الله تعالى فى جواز هذه التولية، وقال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا يجوز؛ لأنه ليس لهم هذه الولاية، ولا يضمن هذا المتولى ما أنفق؛ لأنه أنفق من مال نفسه؛ لأنه لما آجر الدار، والدار وقف ولا ولاية له عليها، صار بالإجارة غاصبًا، فتكون الأجرة له.

١١٣٩٠- متولى المسجد إذا اشترى بمال المسجد حانوتًا، أو دارًا، ثم باعها جاز، إذا كان له ولاية الشراء، وهذه المسألة بناء على مسألة أخرى أن متولى المسجد إذا اشترى من غلة المسجد دارًا أو حانوتًا، فهذه الدار وهذا الحانوت هل يلتحق بالحوانيت الموقوفة على المسجد، ومعناه أنه هل يصير وقفًا؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال الصدر

الشهيد: المختار أنه لا يلتحق، ولكن يصير مستغل المسجد، وهذا لأن صحة الوقف والشرائط التى يتعلق بها لزوم الوقف، لايجوز فسخه، ولا بيعه، ولم يوجد شيء من ذلك هنا، فلم يصر وقفًا، فيجوز بيعه.

١١٣٩١- فى "فتاوى الفضلى": المتولى إذا اشترى منزلا من الدراهم التى اجتمعت من أوقاف المسجد للمسجد، ودفع المنزل إلى المؤذن ليسكن فيه، يكره للمؤذن السكنى إذا علم بذلك؛ لأن المنزل صار من مستغلات المسجد، وفى نسخة أخرى: إن لم يضف الشراء إلى الدراهم، يحل، ولا يكره.

١١٣٩٢- فى "مجموع النوازل": سئل شيخ الإسلام عن أهل مسجد اتفقوا على نصب رجل متوليًا لمصالح مسجدهم، فتولى ذلك باتفاقهم [هل] يصير متوليًا مطلق التصرف فى مال المسجد على حسب ما لو قلده القاضى؟ قال: نعم، قال: ومشايخنا المتقدمون رحمهم الله تعالى يجيبون عن هذه المسألة، ويقولون: نعم، والأفضل أن يكون ذلك بأمر القاضى، ثم اتفق مشايخنا المتأخرون رحمهم الله تعالى، وأستاذنا أن الأفضل أن ينصبوه متوليًا، ولا يعلموا به القاضى فى زماننا، لما عرف من طمع القضاة فى أموال الوقف.

سئل القاضى الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندى رحمه الله تعالى عن أهل مسجد تصرفوا فى أوقاف المسجد، يعنى أجروا المستغل، وله متولى، قال: لايصح تصرفهم، ولكن الحاكم يمضى ما فيه مصلحة المسجد، قيل: هل يفترق الحال بين أن يكون المتصرف واحدًا، أو اثنين؟ قال: لا، بعد أن يكون التصرف من الإمام، بل رئيس المحلة ومتصرفها.

١١٣٩٣- فى "فتاوى أبى الليث": رجل بنى مسجدًا فى السكة، فنازعه بعض أهل السكة فى عمارته، أو فى نصب الإمام، أو المؤذن، ففى العمارة البانى أولى؛ لأن العمارة من البناء[1]، وهو إلى البانى، وفى نصب الإمام أو المؤذن تكلموا، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: المختار أن البانى أولى، إلا إذا كان القوم يريدون من هو أصلح ممن يريده البانى، فحينئذٍ هم أولى.

١١٣٩٤- وفى آخر كتاب الكراهية إملاء عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فى رجل بنى مسجدًا، وجعل له مؤذنا، فأذن هو فيه، وكرهه أهل المسجد، وقالوا: نجعل المؤذن غيرك، فليس ذلك لهم، إنما الأمر [فى ذلك] إلى الذى بناه، قيل: وإن كان فاسقا؟ قال: وإن كان فاسقًا. وكذلك إن أقام لهم إمامًا، فأمهم، وكرهه أهل المحلة، ليس لهم ذلك، إلا أن يكون

(١) وفى "ظ": لأن العمارة من البناء أولى، وهو إلى البانى.

فاسقًا، فجعلوا إمامًا غيره.

١١٣٩٥- فى "فتاوى النسفى": استأجر أرضًا موقوفة على مصالح مسجد من متوليه سنة بكذا، ثم دفعها إلى آخر مزارعة بالنصف، ففعل، ثم إن أهل المحلة زعموا أن الآجر لم يكن متوليًا، قال: يثبت المستأجر بالبينة كون الآجر متوليًا، فإن لم يجد، فالغلة تكون للمستأجر، وعليه أجر المثل للمسجد.

١١٣٩٦- وفيه أيضًا: متولى مسجد استصنع محراب المسجد إلى النجار فى خشب معلوم، وعمل صناعة معلومة، قال: لا يصح؛ لأنه لا تعارف فى هذا الاستصناع، وكذا فى الأبواب والسلاليم، والستور، والوجه فيه أن يوصف له، فيعمل، فإذا أتمه، يشتريه بما أنفقه عليه، فيصح.

١١٣٩٧- وفيه أيضًا: سئل عن أهل محلة باعوا وقف المسجد لأجل عمارة المسجد، قال: لا يجوز بأمر القاضى وغيره، وقيل: إن كان أهل المسجد اشتروا عقاراً بغلات المسجد للمسجد، هل لهم بيعه لعمارة المسجد؟ قال: فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى. وينبغى أن لا يكون فى هذا الفصل اختلاف المشايخ؛ لأنه لاولاية لأهل المحلة فى شراء العقارللمسجد، فلم يصح شراءهم أصلا، فلايصح بيعهم بلا خلاف، بخلاف مسألة المتولى -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل الثانى والعشرون
فى المسائل التى تعود إلى الرباطات، والمقابر، والخانات والحياض، والطرق، والسقايات

١١٣٩٨- قال محمد رحمه الله تعالى : إذا جعل أرضه مقبرة للمسلمين جاز، وليس له أن يرجع فيها بعد تمامها، وتمامها أن يقبر فيها إنسان واحد بإذنه، أو أكثر من ذلك، وهل يتم بالتسليم إلى المتولى؟ فلا رواية عن أصحابنا، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، وكذلك إذا جعلها خانًا للمار من المسلمين، وخلى بينهم وبينها، فإذا نزلها بإذنه رجل واحد، أو أكثر، فلا سبيل له بعد ذلك عليها، وإن مات لم يكن شىء من ذلك ميراثًا، وإذا سلمها إلى المتولى يتم القبض، ذكره محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل"، فعلى قول من قال فى مسألة المقبرة أن القبض لا يتم بالتسليم إلى المتولى يحتاج إلى الفرق بين المقبرة والخان، والفرق أن المقبرة لا يكون لها متولى فى العادة، فلا يعتبر قبضه، بخلاف الخان. وكذلك السقاية يجعلها فى أرضه، فيسقون، ويشربون، ويتوضون، فشرب فيها إنسان، أو سلمها إلى المتولى، فليس له أن يرجع بعد [ذلك] عنه، وكذلك الحوض والبئر يجعله فى أرضه، قال: ولا بأس بأن يشرب منه، ويسقى دابته وبعيره، ويتوضأ منه.

قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى: إنه إنما أجاب عن حياضهم وبئرهم، أما السقاية التى تكون فى بلادنا إذا جعلها للشرب، فأراد إنسان أن يتوضأ بها، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، وأجمعوا على أنه إذا وقف للوضوء، لا يجوز الشرب منه.

١١٣٩٩- وكذلك إذا جعل داره سكنى للمساكين، ودفعها إلى والى يقوم بذلك، فليس له أن يرجع فيها، وكذلك [الرجل تكون له الدار بمكة، فجعلها مسكنًا للحاج والمعتمرين، ودفعها إلى والٍ يقوم عليها، ويسكن فيها من رأى، فليس له أن يرجع فيها، وكذلك][1] إذا جعل داره فى ثغر سكنى للغزاة والمرابطين، ودفعها إلى والى يقوم عليها، فليس له أن يرجع فيها، وإن مات لم يكن ميراثًا عنه، وإن لم يسكنها أحد.

والحاصل أن التسليم على قول من يشترط التسليم، وهو محمد، يكون بأحد طريقين، إما بإثبات اليد للقيم عليها، أو بحصول المقصود، وذلك بالسكنى فى مسألة الدار، وبالنزول

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

في مسألة الخان، وبالدفن في مسألة المقبرة، وما أشبه ذلك. وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى التسليم إلى المتولي ليس بشرط، فلايشترط إثبات يد القيم في هذه المسائل، ولا حصول المقصود بالدفن، أو النزول، أو الشرب، ويكتفي بالإشهاد على ذلك. وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في جميع ما ذكرنا: إن له أن يرجع فيه، ويبطل ما صنع [فيه].

١١٤٠٠- قال محمد رحمه الله تعالى عقيب ذكر هذه المسألة: وأما السكنى فلا بأس بأن يسكنها الغني والفقير، يريد به إذا جعل داره سكنى للغزاة، أو سكنى للحاج والمعتمرين، يجوز للغني من الغزاة والحاج أن يسكنها، كما يجوز للفقراء، وكذلك نزول الخان والدفن في المقبرة يستوي فيه الغني والفقير، فأما [غلة] الدار والأرض إذا جعلت للغزاة، فلا يعجبني أن يأخذ منها إلا من هو محتاج، علل، فقال: لأن الغلة مال يملك، والتقرب إلى الله تعالى بتمليك المال يكون من المحتاج خاصة دون الغني، بخلاف السكنى في الدار[1]، والدفن، والفرق أن الغني مستغنٍ عن مال الصدقة بمال نفسه، غير مستغنٍ عن النزول في [الخان] والسكنى في الدار والدفن في المقبرة بماله، ولا يمكنه أن يتخذ في كل منزل، وربما لا يجد من استأجره، ولأجل هذا المعنى سوينا بين الفقير والغني في مال السقاية، والحوض والبئر.

١١٤٠١- قال الخصاف في وقفه: إذا جعل الرجل داره سكنى للغزاة، فسكن بعض الغزاة بعض الدار، والبعض فارغ، لا يسكنها أحد، ينبغي للقيم بأمر هذا الوقف أن يكرى من هذه الدار ما لا يحتاج إلى سكناه، ويجعل أجر ذلك في عمارة هذه الدار، فما فضل بعد ذلك فرّقه في الفقراء والمساكين.

١١٤٠٢- وفي "النوادر": إذا بنى خانًا، واحتاج إلى المرمة، روى عن محمد رحمه الله تعالى أن يعزل منها ناحية بيتًا أو بيتين، فيؤاجر، وينفق من غلتها عليها، وروى عن محمد رواية أخرى: أنه يؤذن للناس بالنزول فيه سنة، ويؤاجر سنة أخرى، ويرمّ من اجرته ما استرد منها.

١١٤٠٣- وهكذا إذا جعل فرسه حبيسًا، فإن كان يركب عليه مجاهد، يركبه وينفق عليه، وإن لم يركبه أحد يؤاجر، وينفق عليه من أجرته، قال الشيخ الإمام أبو العباس الناطفي: قياسه في المسجد أن يجوز إجارة سطحه لمرمته.

١١٤٠٤- قال الخصاف في وقفه: إذا جعل سكنى[2] بمكة، سكنى للحاج، فليس

---

(١) وفي "م" و"ف": بخلاف السكنى، وحقيقة الفقه في العرف أن الغني مستغني. . . إلخ.

(٢) هكذا في الأصل، وكان في جميع النسخ التي عندنا: داره مكان سكنى.

للمجاورين أن يسكنوها، وإذا مضى أيام الموسم، اكترى، وينفق من غلتها فى مرمتها، وما فضل بعد ذلك فرق على المساكين والفقراء.

١١٤٠٥- وفى "المنتقى": إذا جعل فرسه حبيسًا، يحبس فى الرباط، ويغزى عليه، فإن استغنى عنه، يؤاجره الإمام بقدر علفه، فإن لم يوجد من يستأجره، يبيعه الإمام، ويوقف ثمنه، حتى إذا احتيج إلى ظهر يشترى [بثمنه] فرسًا، ويغزى عليه.

١١٤٠٦- فى "فتاوى أبى الليث": رجل بنى رباطًا للمسلمين على أن يكون فى يده [ما دام حيًا، فليس لأحد أن يخرجه من يده ما لم يظهر منه أمر يستوجب الإخراج من يده][1] كشرب الخمر فيه، أو ما أشبه ذلك من الفسوق الذى ليس فيه رضا الله تعالى؛ لأن شروط الواقف يجب اعتبارها، ولا يجوز تركها إلا لضرورة.

١١٤٠٧- وفيه أيضًا: رباط المختلفة إذا كان فيها سكان، وانهدم الرباط، فبنى، فأراد الساكنون الذين كانوا فيها أن يسكنوها، وأراد غيرهم ذلك، فهذا على وجهين: إما إن انهدم بعضها، وفى هذا الوجه الذين كانوا فيها أحق من غيرهم؛ لأن سكناهم باقى وكذلك إذا لم ينهدم أصلا، ولكن زيد فيه، أو نقص عنهم، الذين كانوا فيها أحق من غيرهم لما ذكرنا، وأما إن انهدم كلها، وفى هذا الوجه الذين كانوا فيها وغيرهم فى السكنى على السواء؛ لأن سكناهم قد بطل، وهذا ابتداء السكنى.

١١٤٠٨- وفيه أيضًا: رجل جعل قطعة أرضه مقبرة، دفنوا فيها، ثم إن رجلا من أهل تلك القرية بنى فيها بناء، فوضع اللبن دارة القبر، وأجلس فيه رجلا لحفظ المتاع بغير رضا الباقين من أهل القرية، فهذا على وجهين: إن كان فى أرض المقبرة سعة لا يحتاج إلى ذلك المكان اليوم، لا بأس به، وإن لم يكن فى أرض المقبرة سعة، واحتاجوا إلى ذلك المكان اليوم، يرفع البناء، ويدفن فيه.

١١٤٠٩- وفيه أيضًا: رجل أوصى بأن يخرج ثلث ماله، فيعطى ربع الثلث لفلان، وثلاثة أرباعه لأقرباءه وللفقراء، ثم قال: لا تتركوا حصة الرباطين، وهم فقراء يسكنون فى رباط بعينه، فهذا على وجهين: إن كان قرابته يحصون، يجعل كل واحد منهم جزءً، ويجعل الفقراء جزءً، ويجعل الرباطيون جزءً، حتى لو كان قرابته عشرة، يجعل ثلاثة أرباع الثلث اثنى عشر سهما، عشرة أسهم للقرابة، وسهم للفقراء، وسهم للرباطين؛ لأن القرابة إذا كانوا يحصون، كانت الوصية لهم بأعيانهم، وإن كانت قرابته لا يحصون، جعل ثلاثة الأرباع على

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ثلاثة أسهم، سهم للقرابة، وسهم للفقراء، وسهم للرباطين؛ لأن القرابة إذا كانوا يحصون، كانوا بمنزلة الفقراء.

١١٤١٠- قال هلال فى وقفه: إذا اشترى الرجل موضعًا، وجعله طريقًا للمسلمين، وأشهد عليه، فإنه يصح، وشرط إتمامه مرور واحد من المسلمين على قوله: من يشترط التسليم فى الأوقاف، وعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: [لايصح، ويكون له حق الرجوع، وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رحمه الله][(1)] أنه لارجوع فى المقبرة فى الموضع الذى دفن؛ لأنه يؤدى إلى نبش الميت، وإنه صحيح، وله الرجوع فيما بقى.

وحكى عن الحاكم الملقب بـ"المهرويه": أنه قال: وجدت فى "النوادر" عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: أنه أجاز وقف المقبرة والطريق، فهذه الرواية استفيدت من جهته، قال هلال: وكذلك القنطرة يتخذها الرجل للمسلمين، ويطوفون فيها، لا يكون بناءها ميراثًا للورثة، وصار وقفًا، فقد خص بناء القنطرة ببطلان الميراث فيها، وهذا يدل على أن موضع بناء القنطرة لم يكن ملكًا للبانى، وهذا هو الظاهر، فإن الإنسان إنما يحتسب ببناء القنطرة على نهر العامة، فيدل هذه الروايةعلى جواز وقف البناء دون أصل البقعة، وقد ذكرنا الكلام فيه فيما تقدم.

١١٤١١- مقبرة اندرست [كانت للمشركين، أرادوا أن يجعلوها مقبرة للمسلمين، فهذا على وجهين: إن كانت آثارهم قد][(2)] اندرست، فلا بأس بذلك، فإن بقى آثارهم، بأن بقى شىء من عظامهم، فإنه ينبش، ويغير، ثم يجعل مقبرة للمسلمين، ألا ترى أن موضع مسجد رسول الله ﷺ كان مقبرة للمشركين، فنبش واتخذ مسجدًا.

رجل له دار، أراد أن يجعلها رباطًا للمسلمين، أو يبيعها ويتصدق بثمنها، أو يبيعها ويشترى بثمنها عبدًا فيعتقه، أى ذلك أفضل؟ حكى عن على بن أحمد إن جعلها رباطًا أفضل؛ لأن منفعة الرباط أدوم، قال الفقيه أبو الليث: إن جعلها رباطًا، وجعل لها وقفًا لعمارتها، فجعلها رباطًا أفضل، وإن لم يجعل لعمارتها وقفًا، فالأفضل أن يبيعها، ويتصدق بثمنها؛ لأنه إذا لم يكن للرباط وقف يخرب، ويصير مأمنا للسراق، وفى ذلك ضرر المسلمين، فيبيعها، ويتصدق بثمنها، ودون ذلك فى الفضل أن يشترى بثمنها عبدًا فيعتقه.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١١٤١٢- الميت بعد ما دُفن لا يخرج من غير عذر، ألا ترى أن كثيرًا[1] من الصحابة رضى الله تعالى عنهم دفنوا فى أرض الحرب، ولم يحولوا؛ لأنه [لا] عذر، ويجوز إخراجه بعذر [العذر أن يظهر أن الأرض] مغصوبة، أو أخذها الشفيع بالشفعة.

١١٤١٣- رباط كثرت دوابه، وعظمت مؤنتها، هل للقيم أن يبيع شيئًا منها، وينفق ثمنها فى علفها، أو مرمة الرباط؟ فهذا على وجهين: إن بلغ ثمن البعض إلى حد لا يصلح لما ربطت له، فله ذلك، وما لا فلا، ولكن يمسك فى هذا الرباط مقدار ما يحتاج إليها، ويربط ما زاد على ذلك فى أدنى الرباط إلى ذلك الرباط.

١١٤١٤- سئل القاضى الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندى رحمه الله تعالى عن مسجد لم يبقَ له قوة، وخرب ما حوله، واستغنى الناس [عنه] هل يجوز جعله مقبرة؟ قال: لا، وسئل هو أيضًا عن المقبرة [فى القرى] إذا اندرست، ولم يبقَ فيها أثر الموتى، لا العظم ولا غيره، هل تجوز زراعتها واستغلالها؟ قال: لا، ولها حكم المقبرة.

وسئل هو أيضًا عن رجل وقف أرضًا على المقبرة، أو على صوفى خانه بشرائطه، هل يصح؟ قال: لا.

١١٤١٥- فى "فتاوى أبى الليث": امرأة جعلت قطعة أرض لها مقبرة، وأخرجتها من يدها، ودفن فيها ابنها، وتلك القطعة لا تصلح للمقبرة لغلبة الماء عندها، فيصيبها فساد، فأرادت بيعها، فإن كانت الأرض بحال لا يرغب الناس عن دفن الموتى فيها، لقلة الفساد[2]، ليس لها البيع؛ لأنها لم تصر مقبرة، فإذا باعتها، فللمشترى أن يأمرها برفع ابنها عنها؛ لأنها صارت ملكًا للمشترى.

١١٤١٦- وفيه أيضًا: حفر قبرًا فى مقبرة وقف، فأراد آخر أن يدفن فيها ميته، فإن كان فى المكان سعة، لا يدفن؛ لأنه يوحش صاحبه الذى حفر، وإن لم يكن فيه سعة يدفن.

١١٤١٧- ونظير هذا من بسط المصلى فى المسجد، أو ترك فى الرباط، فجاء آخر، فإن كان فى المكان سعة، لا يزاحم الأول، وإن لم يكن فيه سعة يزاحمهم، ثم إن كان فى المكان سعة، مع هذا دفن فيه غير الحافر، لا يكره، هكذا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى، قال: لأن الذى حفر، لا يدرى بأى أرض يموت.

١١٤١٨- وفى آخر [غصب] "فتاوى أهل سمرقند": حفر قبرًا، فدفن [فيه] غيره

---

(١) وفى "م": أن أشراف الصحابة.

(٢) وفى "ف": لغلبة الفساد.

ميته، لا ينبش القبر، لكن يجب قيمة حفره حتى يحفر آخر، فيدفن فيه، ولم يرد به أن الحفر كان فى ملك الحافر؛ لأن فى هذه الصورة ينبش القبر، ويفرغ ملك المالك، وإنما أراد به أن الحفر كان فى غير ملكه، بأن كان فى أرض مباح فى مقبرة، وبنحوه.

١١٤١٩- ذكر فى آخر كراهية "واقعات الناطفى": فقال: إذا حفر قبرًا فى غير ملكه ليدفن فيه ميتًا له، فدفن غيره ميته، لا ينبش القبر، ولكن ضمن قيمة حفره، وكان فيه رعاية الحقين، وإن دفن الميت فى أرض غيره بغير إذن المالك، فالمالك بالخيار، إن شاء أمر بالإخراج، وإن شاء سوى الأرض، وزرع فوقها؛ لأن الأرض ملكه، ظاهرها وباطنها، فكان له أن يستخلص[1] الظاهر والباطن، وله أن يترك الباطن، وينتفع بالظاهر.

١١٤٢٠- وفى "فتاوى أبى الليث": مواضع موات على شط جيحون، عمّرها أقوام، واستنزلوها، كان للسلطان أن يأخذ العشر من غلاتها، وهذا الجواب مستقيم على قول محمد رحمه الله تعالى؛ لأن ماء الجيحون عنده عشرى، والمؤنة تدور مع الماء، فلو أباح السلطان للرباط من ذلك شيئًا، فأراد المتولى أن يصرف من ذلك إلى مؤذن الرباط، فله ذلك، إن كان المؤذن فقيرًا، ويطيب للمؤذن الأكل إن كان فقيرًا، ولا يحل صرفه إلى الرباط؛ لأن مصرف العشر الفقراء، وإن أرادوا الحيلة، فالحيلة فى ذلك أن يصرف إلى الفقراء، ثم الفقراء يصرفون إلى الرباط، وكذلك من عليه الزكاة لو أراد صرف الزكاة إلى بناء المسجد، أو القنطرة لا يجوز، وإن أراد الحيلة، فالحيلة أن يتصدق المتولى على الفقير، ثم الفقير يدفعه إلى المتولى، ثم المتولى يصرف ذلك.

١١٤٢١- رباط فيه ثمار، فإن كانت ثمارًا لاقيمة لها، نحو التوت وما شاكل ذلك، فلا بأس للنازلين أن يتناولوا منها، وإن كانت ثمار لها قيمة، فالاحتراز عن ذلك أحوط لدينه؛ لأنه يحتمل أنه جعل ذلك وقفًا للفقراء دون النازلين فيها، وهذا إذا لم يعلم أنه وقف على الفقراء، أما إذا علم ذلك لا يحل لغير الفقير أن يتناولوا منها.

١١٤٢٢- وفى "فتاوى أبى الليث": رجل دفع إلى خادم دار عمران -وهى دار يسكنها الفقراء- دراهم، وأمره أن يشترى بها خبزًا ولحمًا، وينفق على المقيمين فيها، فلم يجد الخادم ذلك اليوم الخبز واللحم، وقد كان اشترى قبل ذلك اللحم بالنسيئة، فقضى ذلك الدين بهذه الدراهم، ضمن؛ لأنه خالف أمره.

---

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: يستحلف.

الفصل الثالث والعشرون
فى المسائل التى تعود إلى الأشجار التى فى المقابر وأراضى الوقف، وغير ذلك

١١٤٢٣- فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": مقبرة وفيها أشجار، فهذه المسألة على وجهين: أحدهما: أن تكون الأشجار نابتة قبل اتخاذ الأرض مقبرة، وأنه على وجهين أيضًا: إن كانت الأرض مملوكة لها مالك، فالأشجار بأصلها على ملك رب الأرض، يصنع بالأشجار وأصلها ما شاء؛ لأن موضع الأشجار من الأرض لم يصر مقبرة؛ لأنه مشغول بملك صاحب الشجرة، وإن كانت الأرض مواتًا لا مالك لها، واتخذها أهل القرية مقبرة، فالأشجار أصلها على حالها القديم.

الوجه الثانى: إذا نبتت الأشجار بعد اتخاذ الأرض مقبرة، وإنه على وجهين أيضًا: إن علم لها غارس، فهى للغارس؛ لأنها ملكه، وإن لم يعلم لها غارس، فالحكم فى ذلك إلى القاضى، إن رأى بيعها وصرف ثمنها إلى عمارة المقبرة، فله ذلك؛ لأنه إذا لم يكن يعلم لها غارس، كانت فى حكم الوقف، ألا ترى أن الشجرة إذا نبتت فى ملك إنسان، ولا يعرف لها غارس، كانت الشجرة لصاحب الملك، كذا هنا.

١١٤٢٤- فيها أيضًا: إذا غرس شجرًا فى المسجد، فاعلم بأن من هذا الجنس أربع مسائل: إحداها: هذه، والحكم فيها أن الشجرة للمسجد؛ لأنه بمنزلة البناء للمسجد.

المسألة الثانية: إذا غرس شجرًا فى أرض موقوف على الرباط، والحكم فيها أن الغارس إن ولى تعاهد هذه الأرض الموقوفة على الرباط، فالشجرة للوقف؛ لأن هذا من جملة التعاهد، فيكون غارسًا للوقف، وإن لم يلى تعاهد هذه الشجرة، فالشجرة له، وله دفعها.

المسألة الثالثة: إذا غرس شجرًا فى طريق العامة، فالحكم فيها أن الشجرة للغارس؛ لأنه ليس له ولاية جعلها للعامة.

١١٤٢٥- المسألة الرابعة: إذا غرس شجرًا على شط نهر العامة، أو على شط حوض القرية، فالحكم فيه كالحكم فى المسألة الثالثة.

١١٤٢٦- فيه أيضًا: رجل جعل أرضه [مقبرة، وفيها أشجار، فأراد ورثته أن يقطعوا

الأشجار، فلهم ذلك ؛ لأن موضع الأشجار][1] لم يصر وقفًا؛ لأنه مشغول، وكذلك لو جعل داره مقبرة، فموضع البناء لا يدخل فيه؛ لأنه مشغول.

١١٤٢٧- فى "فتاوى أهل سمرقند" : غرس شجرًا على شط حوض قرية، ثم قطعها بعد ذلك، فنبت من عروقها أشجار، فهى للغارس؛ لأنها نبتت فى ملكه.

فى بيوع "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى" : أشجار على حافتى نهر فى الشارع، اختصم فيها الشاربة[2]، ورجل يجرى هذا النهر مقابل داره، ولم يعرف الغارس، فإن كان الموضع الذى نبت فيه الأشجار ملك الشاربة، فالأشجار لهم ؛ لأنها تنبت فى ملكهم، وإن لم يكن ذلك الموضع ملك الشاربة، وإنما هو للعامة، وللشاربة حق تسييل الماء، إن لم يعلم أن صاحب الدار اشترى الدار بعد غرس الأشجار، فالأشجار لصاحب الدار؛ لأن الأشجار فى حجره، وإن علم أن صاحب الدار [اشترى الدار] بعد غرس الأشجار، لا يكون له؛ لأنها إنما صارت فى حجره بعد ما نبت. قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى فى "واقعاته" : يجب أن يكون هذا المجرى فى فناء دار، ليكون الأشجار فى حجره.

١١٤٢٨- رجل وقف شجرة بأصلها، صح، سواء كانت الشجرة منتفعة بثمارها، أو بأوراقها، أو كانت منتفعة بذاتها ؛ لأنه وقفها مع الأرض، فبعد ذلك ينظر إن كانت منتفعة بثمارها وأوراقها، لا يقطع أصلها إلا إذا فسد أغصانها، وإن كانت منتفعة بذاتها، يقطع أصلها، ويتصدق بثمنها؛ لأن طريق الانتفاع بها فى هذه الصورة هذا، وعلى هذا إذا وقف شجرة بأصلها على مسجد، فيبست، أو يبس بعضها، يقطع اليابس، ويترك الباقى؛ لأن اليابس لا ينتفع به إلا بالقطع، بخلاف غير اليابس.

١١٤٢٩- أراضى موقوفة على الفقراء، استأجرها رجل من المتولى، وطرف فيها السرقين، وغرس الأشجار، ثم مات المستأجر، فالأشجار ميراث للورثة؛ لأنها ملك المورث، ويؤخذون بقلعها؛ لأن الإجارة قد انفسخت بموت المستأجر، فلو أراد الورثة أن يرجعوا فى الوقف بما زاد السرقين فى الأرض، ليس لهم ذلك.

١١٤٣٠- رجل غرس أشجارًا فى الشارع، ثم مات الغارس، وترك ابنين، فجعل أحدهما حصته للمسجد، لا تكون للمسجد؛ لأن حصته شائعة فى المنقول.

١١٤٣١- رجل عين أشجارًا له فى ضيعته، وقال لامرأته فى صحته : أنا إذا مت،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) الشاربة: مؤنث الشارب، القوم يسكنون على جانب النهر.

فبيعى هذه الأشجار، واصرفى ثمنها فى كفنى، وثمن الخبز للفقراء، وثمن الدهن لسراج المسجد[١] الذى فى كذا، ثم مات، وترك امرأته هذه وورثة كباراً، فاشترى الورثة الكفن من الميراث، وجهزوه، تباع الأشجار، ويحط من ثمن الأشجار مقدار الكفن، يعنى يرفع من الثمن هذا المقدار، وتصرف المرأة الباقى إلى الخبز، ودهن السراج؛ لأن الزوج أمرها بصرف الثمن فى ثلاثة أشياء، فيجب قسمته على هذه [الأشياء] الثلاثة.

١١٤٣٢- رجل وقف ضيعته على بناته وأولادهن أبداً ما تناسلوا، وآخر ذلك للفقراء، ثم غرس الواقف فيها شجراً، فإن غرس من غلة الوقف، فالشجرة للواقف، وإن غرس من مال نفسه، فإن قال عند الغرس: إنه للوقف، فهو للوقف، وإن لم يذكر شيئًا، فهو ميراث عنه.

١١٤٣٣- قرية وقف على أرباب مسمين فى يد متولى، باع هذا المتولى ورق أشجار التوت جاز؛ لأن هذا بمنزلة الغلة، ولو أراد المشترى قطع قوائم هذه الأشجار، يمنع؛ لأن هذا ليس بنفع.

١١٤٣٤- فى "مجموع النوازل": سئل نجم الدين عن أشجار فى مقبرة، هل يجوز صرفها فى عمارة المسجد؟ قال: نعم، إن لم يكن وقفًا على وجه آخر، قيل له: فإن تداعت حوائط المقبرة إلى الخراب، أيصرف إليها أو إلى المسجد؟ قال: إلى ما وقف عليه إن عرف، وإن لم يكن للمسجد متولّ، ولا للمقبرة، فليس للعامة التصرف فيها بدون إذن القاضى.

١١٤٣٥- وسئل هو أيضًا عن رجل غرس أشجار [تالة] فى مسجد، فكبرت بعد سنين، فأراد متولى المسجد أن يصرف الشجرة إلى عمارة بئر فى هذه السكة، والغارس يقول: هى لى، فإنى ما وقفتها على المسجد، قال[٢]: الظاهر أن الغارس جعلها للمسجد، فلا يجوز صرفها إلى البئر، ولا يجوز للغارس صرفها إلى حاجة نفسه.

١١٤٣٦- فى "فتاوى أهل سمرقند": مسجد فيه شجرة تفاح، يُباح للقوم أن يفطروا بهذا التفاح، قال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا يباح؛ لأنه صار للمسجد، فلايصرف إلا إلى المسجد -والله أعلم-.

---

(١) وفى حاشية "ظ": وثمن الدهن لسراج يعينه للمسجد.

(٢) وفى "م": فإن مكان قال.

الفصل الرابع والعشرون
فى الأوقاف التى يستغنى عنها، وما يتصل به
من صرف غلة الأوقاف إلى وجوه أُخر

١١٤٣٧- فى "فتاوى أبى الليث" : بئر ينبت بالآجرّ فى قرية، فخربت القرية، وانقرض أهلها، وعند هذه القرية قرية أخرى فيها حوض، يحتاج إلى الآجرّ، أيجوز أن يؤخذ الآجرّ من تلك البئر، وينفق فى الحوض؟

فهذا على وجهين: إما إن عرف البانى، وفى هذا الوجه لا يجوز ذلك إلا بإذن البانى، وإما إن لم يعرف البانى [وفى هذا الوجه] ينبغى أن يتصدق بالآجرّ على فقير، ثم الفقير ينفق فى الحوض؛ لأنه بمنزلة اللقطة، قال: ولو أراد القاضى أن ينفق من غير هذا الطريق، لا بأس به.

وهذا التفصيل الذى ذكرنا يتأتى على قول محمد رحمه الله تعالى، أما على قول أبى يوسف على ما ذكرنا قبل هذا فى مسألة الحصير الملقى فى المسجد أنه لا يعود على ملك متخذه بخراب المسجد، بل يحول إلى مسجد آخر لا يتأتى، وينبغى للقاضى أن يصرف الآجرّ على عمارة الحوض على قوله.

١١٤٣٨- رباط وعلى باب الرباط قنطرة [على نهر] لا يمكن الانتفاع بالرباط إلا بمجاوزة القنطرة لكبر النهر، خربت القنطرة، وليس للقنطرة غلة يمكن عمارة القنطرة بها، هل يجوز عمارة القنطرة من غلة الرباط؟ فهذا على وجهين: إن شرط الواقف فى الوقف أن تصرف غلة الرباط [إلى الرباط] وإلى ما فيه مصلحة الرباط، جاز صرف غلة الرباط إلى عمارة القنطرة، وإن لم يشترط ذلك لا يجوز.

وهذا إذا كان الرباط بحال لو لم تصرف الغلة إلى عمارة القنطرة [لا يخرب الرباط، أما إذا كان بحال لو لم تصرف الغلة إلى عمارة القنطرة لخراب][1] الرباط، يستحسن فى ذلك؛ لأن الرباط وقف حق العامة، والقنطرة أيضًا حق العامة، ويجوز التصرف فى حق العامة[2] فى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: فى مال العامة.

المنفعة تعود إليهم.

ألا ترى إلى ما روى عن محمد رحمه الله تعالى في مسجد ضاق عن أهله، وبجنبه طريق العامة، أنه لا بأس بأن يلحق بالمسجد من الطريق إن كان لا يضر بأصحاب الطريق؛ لأن كلها حق عامة المسلمين، كذا هنا في "فتاوى أبي الليث".

١١٤٣٩- وفيه أيضًا: قوم جمعوا الدراهم لعمارة القنطرة، واشتروا ببعضها الطعام للعمال، فاجتمع هناك من لا يعمل، فدعاهم العمال إلى الطعام، فهذه المسألة على وجهين: إن حضر هؤلاء لهداية العمال وإرشادهم، والبعث على العمل، وفي هذالوجه وسع للعمال أن يدعوهم، ووسع لهؤلاء أن يجيبوهم؛ لأنهم كالعمال، فإن حضروا لا لما قلنا، بل لأجل النظارة، فإن كانوا قليلا لا يتمكن بأكلهم نقصان فيما جمع للقنطرة، فكذلك الجواب أيضًا، وإن كانوا كثيرًا لا يسعهم ذلك.

ولو فضل من الخشب ونحوه شيء، فهو على وجهين: إن كان يقدر على أربابها، يشاورهم القيم في ذلك، وإن كان لا يقدر على أربابها، فللقيم أن يفعل به ما يرى.

١١٤٤٠- أوقاف على قنطرة، يبس الوادي، وصار الماء إلى شعبة أخرى من [أرض] تلك المحلة، واحتيج إلى عمارة القنطرة للوادي الجديد، هل يجوز صرف غلة القنطرة الأولى [إلى] الثانية؟ [ينظر] إن كانت القنطرة الثانية للعامة، وليس هناك قنطرة أخرى للعامة أقرب إلى القنطرة الأولى [جاز] لما ذكرنا قبل هذا.

١١٤٤١- سئل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى عن مسجد أو حوض خرب، ولايحتاج إليه لتفرق الناس، هل للقاضي أن يصرف أوقافه إلى مسجد آخر، أو حوض آخر؟ قال: نعم، ولو لم يتفرق الناس، ولكن استغنى الحوض عن العمارة، وهناك مسجد محتاج إلى العمارة، أو على العكس، هل يجوز للقاضي [صرف] وقف ما استغنى عن العمارة إلى عمارة ما هو محتاج إلى العمارة؟ قال: لا.

١١٤٤٢- رباط يستغنى منه، وله غلة، فإن كان بقربه رباط، صرفت الغلة إلى ذلك، قال الصدر الشهيد في "واقعاته": وفيه نظر، فليتأمل عند الفتوى، وقيل: إن عرف من بناه، فالتصرف له، وإن لم يعرف [من بناه] فالتصرف للقاضي.

في "فتاوى النسفي": سئل شيخ الإسلام عن أهل قرية افترقوا، وتداعى مسجد القرية إلى الخراب، وبعض المتغلبة يستولون على خشب المسجد، وينقلون إلى ديارهم، هل لواحد من أهل القرية أن يبيع الخشب بأمر القاضي، ويمسك الثمن ليصرفه إلى بعض المساجد، أو إلى

[أهل] المسجد؟ قال: نعم.

وحكى أنه وقع مثل هذه الواقعة فى زمن السيد الإمام الأجل فى رباط فى بعض طرق سعد حرب، ولا ينتفع المارة [به] وله أوقاف عامرة، فسئل هل يجوز صرفها إلى رباط آخر ينتفع به؟ قال: نعم؛ لأن الواقف غرضه من ذلك انتفاع المارة، ويحصل ذلك من الثانى.

١١٤٤٣- رجل ربط دابة أو سيفًا فى رباط وقفًا على الرباط، فخرب الرباط، واستغنى الناس عنها، يربط فى رباط آخر هو أقرب إليه، وقد مر جنس هذا فيما تقدم.

١١٤٤٤- وإذا اجتمع فى يد القيم من غلة وقف[1] الفقراء، وظهر له وجه من وجوه البر، يخاف فواته إن لم يبادر إليه، واسترم الوقف، فإنه ينظر إن لم يكن فى تأخير مرمة الوقف إلى الغلة الثانية ضرر بين للوقف بالخراب، فإنه يصرف الغلة إلى وجه ذلك البر، ويؤخر العمارة إلى الغلة الثانية؛ لأن الجمع بينهما ممكن، وإن كان فى تأخير العمارة ضرر بين، فإنه يصرف الغلة إلى مرمة الوقف، وما فضل صرف إلى ذلك البر؛ لأن عمارة الوقف أهم من إدراك [ذلك] البر؛ لأن الوقف إذا خرب انقطعت الدرارة، وإذا [عمّر] بقيت، فيمكن إدراك الآخر إن فات هذا البر.

والمراد من هذا وجه البر ما يكون فيه تصدق بالغلة على نوع من الفقراء، نحو: فك أسارى المسلمين، أو إعانة منقطع من الغزاة، أو ما أشبه ذلك؛ لأن هذا وقف على الفقراء، والأسراء، والمنقطعة فقراء، وكانوا من أهل [التصدق] عليهم، فأما عمارة مسجد، أو رباط ونحو ذلك مما ليس بأهل للتملك، فلا يجوز صرف هذه الغلة إليه؛ لأن التصدق عبارة عن التمليك، فلا يتصور إلا من هو أهل للتلمك -والله أعلم-.

١١٤٤٥- فى "فتاوى أهل سمرقند": علو وقف انهدم، وليس من الغلة ما يمكن عمارة العلو، بطل الوقف، ورجع حق البناء إلى الواقف إن كان حيًا، وإلى ورثته إن كان ميتًا، هكذا ذكر هنا فى هذه المسألة، وجنس هذه المسألة، قال الصدر الشهيد: وفيه نظر؛ لأن الوقف بعد ما صح شرائطه [لا تبطل] إلا فى مواضع مخصوصة.

١١٤٤٦- ومن هذا الجنس قال: حوض فى محلة خرب، وصار بحيث لا يمكن عمارته، واستغنى أهل المحلة عنه، إن عرف واقفه، يكون له إن كان حيًا، ولورثته إن كان ميتًا، وإن كان لا يعرف واقفه، فهو كاللقطة فى أيديهم، يتصدقون على فقير، ثم يبيعه الفقير، فينتفع بالثمن.

---

(١) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: ونفذ مكان وقف.

١١٤٤٧- ومن هذا الجنس قال : حانوت هو وقف صحيح ، احترق السوق والحانوت ، وصار بحال لا ينتفع به ، ولا يستأجر بشيء البتة ، يخرج من الوقفية .

ومن هذا الجنس قال : الرباط إذا احترق يبطل الوقف ، ويصير ميراثًا .

١١٤٤٨- ومن هذا الجنس قال : منزل موقوف وقفًا صحيحًا على مقبرة معلومة ، فخرب هذا المنزل ، وصار بحال لا ينتفع به ، فجاء رجل وعمره ، وبنى فيه بناء من ماله بغير إذن أحد ، فالأصل لورثة الواقف ، والبناء لورثة البانى .

١١٤٤٩- ومن هذا الجنس قال : وقف صحيح على أقوام مسلمين ، فخرب ، ولاينتفع به ، وهو بعيد من القرية ، لا يرغب أحد فى عمارته ، بطل الوقف ، ويجوز بيعه ، فهذه الجملة من هذا الجنس .

١١٤٥٠- فى "فتاوى أبى الليث" : رجل جمع مالا من الناس لينفقه فى بناء المسجد ، فأنفق فى حاجته من تلك الدراهم ، ثم رد بدلها فى نفقة المسجد ، لا يسعه أن يفعل ذلك ، وإن فعل ، فإن عرف صاحب ذلك المال ، رد عليه ، أو سأله تجديد الإذن فيه ؛ لأنه دخل فى ضمانه ، فلا يبرأ عنه إلا بالرد إلى المالك ، أو إلى نائبه [ولم يوجد] ، وإن لم يعرف صاحب المال ، استأمر الحاكم فيما يستعمله ، وإن تعذر عليه ذلك ، رجوت له فى الاستحسان أن ينفق مثل ذلك من ماله على المسجد ، فيجوز ، لكن هذا واستئمار الحاكم يجب أن يكون فى دفع الوبال ، أما الضمان فواجب ، فإنه ذكر فى وكالة "المبسوط" أن الوكيل بقضاء الدين أنه إذا صرف مال الموكل إلى قضاء دين نفسه ، ثم قضى دين الموكل من ماله ، ضمن ، فكان متبرعًا فى قضاء دينه ، ولهذا المعنى فسد أمور البياعين والسماسرة .

ويبتنى على هذا مسائل ابتلى بها أهل العلم ، فالصلحاء منها العالم إذا سأل للفقراء شيئًا ، واختلط بعضها ببعض ، يصير ضامنًا لجميع ذلك ، وإذا أدى ، صار مؤديًا من مال نفسه ، ويصير ضامنًا لهم ، ولا يجزئهم عن زكاتهم ، فيجب أن يستأذن الفقير ليأذن له بالقبض ، فيصير خالطًا ماله بماله .

١١٤٥١- ومنها پاى مرد إذا قام ، وسأل للفقير شيئًا بغير أمره ، فهو أمين ، فإن خلط مال البعض بمال البعض ، يصير مؤديًا من مال نفسه ، ويصير ضامنًا لهم ، ولايجزئهم عن زكاتهم ، فيجب أن يأمر الفقير أولا بذلك ؛ لأنه إذا أمره صار وكيلا بقبضه ، وبالتصرف له ، فيصير خالطًا ماله بماله .

١١٤٥٢- فى "فتاوى الفضلى" : مال موقوف على سبيل الخير والفقراء بغير أعيانهم ،

ومال موقوف على المسجد الجامع، فاجتمعت من غلتهما، ثم نابت الإسلام نائبة مثل حادثة الروم، واحتيج إلى النفقة فى تلك الحادثة، أما المال الموقوف على [المسجد الجامع إن لم يكن للمسجد حاجة للحال، فللقاضى أن يصرف فى ذلك، لكن على وجه القرض، فيكون دينًا فى مال الفىء، وأما المال الموقوف على][1] الفقراء، فإن صرف إلى المحتاجين، أو إلى الأغنياء من أبناء السبيل جاز، لا على وجه القرض؛ لأنه صرف إلى المصرف، بخلاف المال الموقوف على المسجد الجامع؛ لأنه صرف إلى غير المصرف، فلا يجوز إلا بطريق القرض، وإن صرف إلى الأغنياء من غير أبناء السبيل، فإن رأى قاضٍ من قضاة المسلمين جواز ذلك جاز الصرف، لا بطريق القرض؛ لأن فيه اختلاف العلماء، نحن وإن قلنا: إنه لا يجوز، ولكن لما رأى قاضٍ من قضاة المسلمين جواز ذلك، وصرف، كان قضاء فى موضع الخلاف، وإن لم يرَ [القاضى من قضاة المسلمين جواز ذلك، يصرف على وجه القرض، فيصير دينًا فى مال الفىء][2].

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الخامس والعشرون
وقف الكفار

١١٤٥٣- في "فتاوى أبي الليث" : نصراني وقف ضيعة له على أولاده، وأولاد أولاده، أبدًا ما تناسلوا، وجعل آخره للفقراء، كما هو الرسم، فأسلم بعض أولاده، يعطى له؛ لأن الوقف حصل باسم الأولاد، وهذا الاسم باق بعد الإسلام.

فيه أيضًا : نصراني وقف ضيعة له على أولاده، وأولاد أولاده، فإذا انقرضوا فعلى فقراء المسلمين، فهذا الوقف جائز؛ لأن هذا مما يتقرب به أهل الذمة، فالوقف على ما هو قربة عندنا وعندهم جائز.

وكذلك إذا قال : فإذا انقرضوا، فعلى الفقراء، جاز، فإذا انقرضوا صرف إلى فقراء المسلمين؛ لأن حق فقراء المسلمين أقوى لشرف الإسلام، فيتعينون عند الإطلاق.

ولو قال : إذا انقرضوا فعلى فقراء النصارى، لا يجوز هذا الوقف؛ لأن هذا الوقف وقف على فقراء النصارى، والوقف على فقراء النصارى لا يجوز، أما عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فإنه لا يرى الوقف إلا بطريق الوصية، أو مضافًا إلى ما بعد الموت، ولم يوجد ذلك هنا، وأما [على] قولهما، فلأن هذا معصية في حقنا.

١١٤٥٤- وذكر الخصاف في وقفه : إذا وقف الرجل من أهل الذمة نصرانيًا كان أو مجوسيًا أرضًا له، أو دارًا له على ولده، وولد ولده أبدًا ما تناسلوا، ومن بعدهم على المساكين، فهو جائز، فإن لم يسمّ الواقف المساكين، فأي المساكين فرق ذلك منهم مساكين المسلمين، أو مساكين أهل الذمة جاز، وإن قال : على مساكين أهل الذمة [ففرق] القيم في مساكين اليهود والنصارى أو المجوس جاز ذلك، وإن قال : على فقراء اليهود، أو النصارى، أو المجوس لايجوز ذلك، وإن قال : على فقراء النصارى، فهو جائز، ويفرق على فقراء النصارى، ولو فرّق القيم في فقراء اليهود أو المجوس، فهو مخالف ضامن.

١١٤٥٥- وإن كان الواقف نصرانيًا، وقال : يجعل غلة هذا الوقف في فقراء اليهود أو المجوس، فهو جائز، وهو على ما قال، فما ذكره الخصاف في هذه المسائل يخالف المذكور في الفتاوى.

وقد ذكرنا في كتاب الوصايا والزيادات أن وصايا أهل الذمة أنواع : نوع هو معصية

عندهم قربة عندنا، وأجاب أن الوصية باطلة إلا إذا حصلت لأقوام بعينهم، ويكون ذلك تمليكًا منهم.

ونوع هو قربة عندهم معصية عندنا، وهذه الوصية صحيحة عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه على كل حال، وعندهما باطلة، إلا إذا حصلت لأقوام بأعيانهم، والوقف نظير الوصية، فما ذكر الخصاف فى الوقف يكون قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه على قياس مسألة الوصية، وما ذكر فى الفتاوى يكون قولهما على قياس مسألة الوصية.

١١٤٥٦- ولو جعل الذمى داره بيعة، أو كنيسة، أو بيت نار فى صحته [ثم مات] يصير ميراثًا، هكذا ذكر الخصاف فى وقفه، وهكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "الزيادات". وهذا لا يشكل على قولهما؛ لأنه معصية عندنا، ولهذا لو أوصى به لا يصح، فكذا إذا فعل فى حياته، وإنما يشكل على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: إنه [لا] يعامل معهم بناء على اعتقادهم، ألا ترى أنه لو أوصى به يصح عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه.

والفرق وهو أن البناء ليس بمزيل للملك لو زال الملك إنما يزول إذا تعين فيه جهة القربة مطلقًا، وهذا الفعل ليس بقربة مطلقًا. خرج على هذا المسلم إذا اتخذ داره مسجدًا؛ لأن ذلك قربة مطلقًا، فأما الوصية فمزيلة للملك فى الأصل، فلايشترط جهة القربة فيها مطلقًا للإزالة، بل يكتفى فيها بجهة القربة بناء على زعمهم [واعتقادهم].

١١٤٥٧- قال الخصاف: إذا جعل الذمى داره مسجدًا للمسلمين، وبناه كما يبنى المسلم، وأذن للمسلمين بالصلاة فيه، وصلوا فيه، ثم مات، يصير ميراثًا لورثته، وهذا على قول الكل؛ لأنه معصية عندهم، ألا ترى أنه لو أوصى أن يبنى داره مسجدًا بعد موته، كانت الوصية باطلة.

١١٤٥٨- ولو أوصى أن يبنى داره مسجدًا لقوم بأعيانهم، قال الخصاف: أستحسن أنا أن نجيز هذا؛ لأن هذا وصية لقوم بأعيانهم.

قال: ولو وقف الذمى داره على بيعة، أو كنيسة، أو بيت نار، فهو باطل، أما على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فلأنه لم يوجد الوصية، أو الإضافة إلى ما بعد الموت، ولو قال: تجرى غلتها على بيعة كذا، فإن خربت هذه البيعة، كانت الغلة للفقراء والمساكين، فإنه يجرى غلتها على الفقراء والمساكين، ولا ينفق على البيعة شىء.

١١٤٥٩- قال: فإن وقف [ذمى] أرضًا وقفًا صحيحًا، وأن يفرق غلتها فى أبواب البر، فأبواب البر عندهم عمارة البيع والكنائس، والصدقة على المساكين، وإنما يفرق غلة هذه

الصدقة على الفقراء والمساكين، وأبطل ما سوى ذلك، وإن قال: تفرق غلتها على جيرانه، وله جيران مسلمون وجيران نصارى ويهود ومجوس، وجعل آخره للفقراء، فالوقف جائز، ويفرق الوقف في جيرانه المسلمين والنصارى وغيرهم.

وإن قال الذمي: يجعل غلتها في أكفان الموتى، أو في حفر القبور، فهو جائز، ويصرف الغلة في أكفان موتاهم، وحفر قبور فقراءهم. قال: وسبيل الذمي في الوقف على قرابته، وأهل بيته كسبيل المسلمين.

وإن قال الذمي: يجعل غلة هذه الصدقة في سراج بيت المقدس ودهنها، فهو جائز؛ لأنه قربة عندنا وعندهم.

وإذا وقف نصراني وقفًا على ولده، وولد ولده أبدًا ما تناسلوا، ومن بعدهم على المساكين، وشرط أن كل من أسلم من ولده، أو وولد ولده أبدًا ما تناسلوا، فهو خارج عن هذا الوقف، فهو جائز، وهو على ما شرط.

نوع [آخر] منه:

١١٤٦٠- إذا ارتد المسلم، ثم وقف وقفًا في حال ردته فإن مات، أو قتل على ردته، أو لحق بدار الحرب، وحكم القاضي بلحاقه، يبطل وقفه، وتكون الأرض ميراثًا، والمحفوظ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيما إذا اشترى شيئًا، أو باع، أو آجر، أو عامل في ماله بشيء، أنه جائز، ولم يروِ عنه فيما يتقرب به إلى الله تعالى، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: يجوز منه ما يجوز من القوم الذين انتقل إليهم.

١١٤٦١- وأما إذا وقف وقفًا صحيحًا، وجعل آخره للمسلمين، ثم ارتد الواقف بعد ذلك، فقتل على ردته، أو مات يبطل الوقف، ويصير ميراثًا لورثته من قبل أن عمله قد حبط، فإن رجع إلى الإسلام، فإن وقف بعد ما رجع، جاز، وإن لم يفعل لم يجز ذلك.

نوع آخر منه:

١١٤٦٢- ذمي في يديه أرض أقر في صحته أن هذه الأرض وقفها رجل مسلم، وكان يملكها وقفًا صحيحًا على أبواب البر، وبناء المسجد، وما أشبه ذلك مما يتقرب به المسلمون إلى الله تعالى، فإقراره جائز، وكذلك إن أقر به في مرضه، وهذه الأرض تخرج من الثلث، فإقراره جائز.

وإن كان الذى أقر بأن هذا المسلم وقف هذه الأرض فى الوجوه التى لايتقرب بها المسلمون إلى الله تعالى، نحو الوقف على البيع والكنائس، لم يصح إقراره، وتخرج الأرض من يدى الذمى، ويجعل لبيت مال المسلمين.

وإن كانت هذه الأرض لا تخرج من ثلث ماله، فمقدار الثلث يجوز إقراره منه فيما يتقرب به المسلمون إلى الله تعالى، وفيما لا يتقرب به المسلمون إلى الله تعالى لا يجوز إقراره، ويكون لبيت المال.

وإن أقر هذا الذمى أن ذميًا وقفها، كان يملكها جاز إقراره فيما يجوز أوقاف أهل الذمة، وبطل إقراره فيما لا يجوز أوقافهم، ويخرج الأرض من يده، ويجعل لبيت مال المسلمين؛ لأنه لم يسمِّ مالكها.

الفصل السادس والعشرون
فى المتفرقات

١١٤٦٣- إذا اشترى أرضًا شراء فاسدًا، أو وقفها المشترى على الفقراء والمساكين بعد ما قبضها، فهو جائز على ما وقفها عليه[1]، وإن جاء البائع، وخاصم المشترى فى ذلك، فللبائع على المشترى قيمتها يوم قبضها، ولا يرد الوقف، ولو وقفها قبل أن يقبضها، لا يجوز، قال: ألا ترى أنه لو باع قبل القبض لا يجوز، ولو باعها بعد القبض [يجوز] أشار إلى أن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض، ويفيده بعد القبض، فقبل القبض الوقف لم يصادف ملكه. وبعد القبض صادف ملكه، ثم إذا وقفها بعد القبض، وخاصم[2] البائع المشترى فى ذلك، ذكر أن المشترى يضمن قيمتها للبائع يوم القبض؛ لأنه أتلفها بالوقف، ألا ترى أن المشترى لو باعها، أو وهبها [ضمن قيمتها للبائع] فكذا إذا وقفها، ولا ينتقض الوقف، كما لا ينتقض البيع إذا باعها المشترى من رجل؛ لأنه تصرف بتسليط [البائع].

١١٤٦٤- ولو اشترى أرضًا شراء فاسدًا، فقبضها، واتخذها مسجدًا، وصلى الناس فيه، ذكر هلال فى وقفه أنه مسجد، وعلى المشترى قيمتها، ولا يرد إلى البائع، قال هلال: وهذا قول أصحابنا فى المسجد، والوقف على قياسه.

١١٤٦٥- وذكر فى كتاب الشفعة: إذا اشترى أرضًا شراء فاسدًا، واتخذها مسجدًا، أو بنى فيها بناء، أنه يضمن قيمتها عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، ويصير مستهلكًا بالبناء، وعندهما ينقض البناء، ويرد الأرض على البائع، فاشتراط البناء على رواية كتاب الشفعة دليل على أنه إذا لم يبن لا يصير مسجدًا بمجرد اتخاذه مسجدًا [بلا خلاف دون البناء، قال الحاكم الشهيد: رواية محمد فى كتاب الشفعة أصح من رواية هلال][3]، ووجه ذلك أن المسجد ما يكون لله تعالى خالصًا، وينقطع عنه حق العباد، وهنا حق العباد، وهو البائع باق قبل البناء، فلا يصير مسجدًا.

---

(١) وفى "م": فهو جائز على بناء وقفها عليه.

(٢) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: وصادف.

(٣) هكذا فى "م" و"ف"، وكان فى الأصل و"ظ": لا بدون البناء بلا خلاف.

١١٤٦٦- قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى : لقائل أن يقول : فى الوقف روايتان أنه هل يصير وقفًا قبل البناء فى المسجد؟ ولقائل أن يقول : يصير وقفًا قبل البناء على الروايتين، ويفرق هذا القائل بين المسجد، وبين الوقف على رواية كتاب الشفعة، ووجهه أن الوقف إيجاب حق العباد، فصار نظير البيع والهبة، ثم قيام البائع لا يمنع نفاذ البيع والهبة، حتى إن المشترى شراء فاسدًا إذا وهب أو باع يجوز، ولا ينقض بعد ذلك، فكذا الوقف، بخلاف المسجد؛ لأن المسجد ما يكون [إلا] لله تعالى خالصًا، وقيام حق البائع يمنع الخلوص لله تعالى.

قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى : ولقائل أن يقول : يفرق بين الوقف على الفقراء وبين الوقف على قوم بأعيانهم، ويقول : إذا وقف على الفقراء، كان فى صيرورته وقفًا قبل البناء روايتان. وإذا وقف على قوم بأعيانهم، يصير وقفًا قبل البناء باتفاق الروايات؛ لأن الوقف على الفقراء، يطلب منه وجه الله تعالى، لا إيجاب الحق للعباد، فأشبه المسجد، بخلاف الوقف على قوم بأعيانهم؛ لأنه إيجاب الحق للمعين، فصار نظير البيع والهبة.

١١٤٦٧- ولو اشترى أرضًا شراء صحيحًا، وقبضها، ووقفها على الفقراء، ثم وجد عيبًا لا يردها، ولكن يرجع بنقصان العيب، بخلاف ما إذا اشترى أرضًا، واتخذها مسجدًا، ثم وجد بها عيبًا، فإنه لا يرجع بنقصان العيب، وجعل المسجد نظير البيع والوقف نظير العتق، وإذا رجع بنقصان العيب، كان النقصان له، يصنع به ما شاء؛ لأنه ليس ببدل عن الوقف؛ لأن الفائت بالعيب لم يدخل تحت الوقف، فيسلم له.

١١٤٦٨- اشترى من آخر أرضًا بعبد وتقابضا، ثم استحق العبد، فالوقف جائز، وعلى مشترى الأرض قيمة الأرض يوم قبضها، وإنما جاز الوقف لأن الأرض ببدل المستحق، وبدل المستحق مملوك ملكًا فاسدًا، فيصح وقفه لما مر، وبمثله لو وجد العبد حرًا، بطل الوقف؛ لأن بدل الحر ليس بمملوك، فلا يصح وقفه.

١١٤٦٩- وإذا اشترى أرضًا من رجل، ووقفها على المساكين بعد ما قبضها، ثم استحقها رجل، وأجاز البيع، فالبيع جائز، والوقف باطل.

قيل : هذا على قول من يقول بأن المشترى من الغاصب إذا أعتق، ثم أجاز المالك البيع، أن العتق لا ينفذ، وهو قول محمد وزفر وهلال. فأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى : ينبغى أن ينفذ الوقف كما ينفذ العتق.

قيل أيضًا : ويجوز أن يفرق بين العتق والوقف، فيقال : العتق من حقوق الملك

وأحكامه، بدليل أنه يؤكد الملك ويقرره، حتى جعل قبضًا، والقبض يؤكد الملك، فجاز أن يتوقف بتوقفه، وينفذ بنفوذه، بخلاف الوقف.

١١٤٧٠- قال: ولو أن المستحق ضمن الغاصب -وهو البائع- القيمة، نفذ الوقف كما ينفذ العتق بلا خلاف؛ لأنه ملكه بالضمان من وقت الغصب السابق، فينفذ بيعه؛ لأنه باع ملكه، فينفذ وقف المشترى، كما ينفذ عتقه. قيل: غاصب الدور والعقار لا يضمن عند أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر، فكيف يستقيم هذا التفريع على قولهما؟ وقيل: إن ضمن المشترى القيمة انتقض الوقف، كما ينقض العتق؛ لأن الملك حصل له بالضمان، والوقف [كان] قبل ذلك بهذا الطريق لا ينفذ العتق.

١١٤٧١- وذكر الخصاف فى وقفه: إذا وقف بيتًا من دار فلان، فإن وقفه بطريقه جاز الوقف، وإن لم يقفه بطريقه لم يجز الوقف؛ لأنا إن أجزنا الوقف ما ذا يصنع به إذا كان لا يمكن أن يكرى ولا يسكن؛ لأنه لا طريق له.

١١٤٧٢- وإذا اشترط فى وقفه أنه ليس لوالى هذه الصدقة أن يؤاجر هذا الوقف، ولا شيئًا منه، وإن أجرها واليها، أو واحد ممن يصير [ولايتها إليه، فالإجارة باطلة]، وهو خارج عن ولاية هذه الصدقة، قال الخصاف: هو على ما شرط من ذلك، وكذلك لو شرط أن لا يدفع معاملة، فإن فعل ذلك أحد من ولاة هذه الصدقة، فهو خارج عن ولاية هذه الصدقة، وولاية هذه الصدقة لفلان، فهو جائز على ما شرط الواقف.

١١٤٧٣- وإن شرط أن من تعرض من أهل هذه الصدقة وواليها فى إبطال هذه الصدقة، أو لم يقل: فى إبطال هذه الصدقة، فهو خارج عن هذه الصدقة، فهذا على ما شرط الواقف. وكذلك لو شرط أن من نازع فلانًا، وطالبه بحصته من غلة هذه الصدقة، فهو خارج عن هذه الصدقة، فهذا على ما شرط الواقف.

١١٤٧٤- فى "فتاوى أبى الليث": قيم وقف وقف جميع الغلة، وقسمها على أربابها، وحرم واحدًا منهم، وصرف نصيبه إلى حاجة نفسه، فلما خرجت الغلة الثانية أراد المحروم أن يأخذ من الغلة الثانية نصيبه فى السنة الأولى، فهذه على وجهين: إن اختار المحروم تضمين القيم، ليس له أن يأخذ من الغلة الثانية ذلك؛ لأنه لما اختار تضمين القيم سلم للشركاء ما أخذوا من جهة القيم، ولم يتبين أنهم أخذوا من نصيب هذا المحروم شيئًا، وإن اختار اتباع الشركاء، والشركة فيما أخذوا، وكان له أن يأخذ ذلك من نصيب الشركاء من الغلة الثانية؛ لأنه لما اختار اتباع الشركاء، تبين أنهم أخذوا نصيبه، فله أن يأخذ من أنصباءهم مثل ذلك؛ لأنه

حبس حقه ، فمتى أخذ رجعوا جميعًا على القيم بما استهلك القيم من حصة المحروم فى السنة الأولى ؛ لأنه بقى حقًا للجميع .

١١٤٧٥- وفيه أيضًا : رجل أوصى أن يوقف من ماله كذا كذا درهمًا لدين يظهر عليه ، فالوصية باطلة وقت أو لم يوقت ؛ لأنه لم يوص بشيء للحال ، وكل مال خلا عن الوصية والدين ، فهو مال الوارث ، فإن قال : إن رأى الموصى ذلك ، إلا أن يوقف ذلك من ثلث ماله ؛ لأنه لما قال : إن رأى الوصى ذلك ، فكأنه قال : يعطى الوصى ذلك القدر من شاء ، لو نص على هذا يصح .

١١٤٧٦- رجل فى يده أرض وماء للفقراء ، ففضل الماء فى النهر عن الأرض ، لا يعطى أحدًا ، بل يرسله فى النهر ليصل إلى الفقراء ، أو إلى كل من يصل ؛ لأن القيم أمر بصرف الماء إلى أرض الفقراء لا غير ، فإذا استغنى الأرض ، أرسل الماء .

١١٤٧٧- مريض قال : إنى كنت متولى حانوت وقف على الفقراء ، وكنت استهلكت من غلته ، أوقال : لم أود زكاتى ، فأدوا ذلك من مالى بعد موتى ، فإن صدقه الورثة فى ذلك يعطى الوقف من جميع المال ، والزكاة من الثلث ؛ لأن فى ذلك يؤخذ ذلك من تركته من غير إقراره ، فلم يكن الأخذ مضافًا إلى إقراره ، وفى الزكاة لا يؤخذ من تركته ، وإن كذبه الورثة ، يعطى الوقف والزكاة من الثلث ، وللوصى أن يحلف الورثة على العلم ، يريد بالوصى قيم الوقف : بالله ما يعلمون أن ما أقر به حق ؛ لأنه يدعى عليهم معنى لو أقروا به يلزمهم ، فإذا أنكروا يستحلفون ، فإن حلفوا جعل ذلك كله من الثلث ، كما قبل الحلف ، وإن نكلوا جعل الزكاة من الثلث ، والوقف من الجميع ، كما لو أقر به الورثة ابتداء .

١١٤٧٨- قيّم الوقف أدخل جذعًا فى دار الوقف ، ليرجع فى غلتها ، فله ذلك ، وإن أراد الاحتياط ينبغى أن يبيع الجذع من آخر ، ثم يشترى منه لأجل الوقف ، ثم يدخلها فى دار الوقف .

رجل وقف ضيعة له على الفقراء فى صحته ، وأخرجه من يده ، ثم قال لوصيه عند الموت : أعطِ من غلة تلك الضيعة كذا لفلان ، وكذا لفلان ، وقد كان قال لوصيه : افعل ما رأيت من الصواب ، فجعله لأولئك باطل ؛ لأنه صار حقًا للفقراء ، فلا يملك تغيير حقهم ، إلا إذا شرط فى الوقف أن يصرف غلتها إلى من شاء .

١١٤٧٩- رجل وقف ضيعة له على امرأته وأولاده ، فماتت المرأة ، لم يكن نصيبها لابنها خاصة إذا لم تكن فى الوقف شرط ، إن مات منهم رد نصيبه إلى أولاده ، بل يكون

نصيبها مردودًا على جميع الورثة .

١١٤٨٠- مريض قال : أخرجوا نصيبي من مالي ، يخرج الثلث من ماله ؛ لأن ذلك نصيبه ، قال عليه الصلاة والسلام : «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم»[١] الحديث .

١١٤٨١- حانوت وقف مال إلى حانوت آخر ، ومال الثاني إلى الثالث ، وتعطلت الحوانيت ، وأبى قيم الوقف العمارة ، فهذا على وجهين : الأول : أن يكون لحانوت الوقف غلة ، يمكن عمارتها منها ، والحكم فيها أن لصاحب الحانوت أن يأخذ القيم برد ما مال عنه إلى هذا الوقف ؛ لأنهما تضررًا بذلك ، والقيم هو المتعين لدفع هذا الضرر .

الوجه الثاني : أن لا يكون لحانوت الوقف غلة يمكن عمارته منها ، وفي هذا الوجه يرفعان الأمر إلى القاضي ليأمر القيم بالاستدانة على الوقف لإصلاحه ، وليس للقيم أن يستدين بغير أمر القاضي ؛ لأن الأمر بالاستدانة هنا متعين لدفع الضرر ، والقاضي هو المتعين لدفع الضرر .

١١٤٨٢- حائط بين دارين ، أحدهما وقف ، انهدم ذلك الحائط ، فبناه صاحب الدار في حد دار الوقف ، كان للقيم أن يأخذه بنقضه ؛ لأنه تصرف في الدار الموقوفة ، فلو أراد القيم أن يعطي قيمة بناءه ليكون المبني للوقف ، ليس للقيم أن يجبره على ذلك ، وقد مرّ جنس هذا فيما تقدم ، وسيأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى ، وإذا أراد أن يعطيه قيمة البناء برضاه ، لم يجز ؛ لأنه لو أجاز لما ضاع من وراء هذا الحائط من دار الوقف ، فيكون المتعين هو النقض .

١١٤٨٣- رجل وقف أرضًا على حفدته من كان منهم فقيرًا ، وله حفدة ، عنده فرس تساوي مائتي درهم ، فإن أمسك الفرس للجهاد ، أو للركوب لما أن به زمانة ، يعطى من الوقف ؛ لأنه فقير ، وإن أمسكه سرفًا ، لا يعطى إذا لم يكن عليه دين ، ولا مهر ؛ لأنه غني .

١١٤٨٤- رجل عليه ديون ، وله ضيعة تساوي عشرة آلاف درهم ، فوقفها ، وشرط صرف غلتها إلى نفسه قصدًا منه إلى المماطلة ، وشهد الشهود على إفلاسه ، جاز الوقف ، وجازت الشهادة ، أما جواز الوقف فلمصادقته ملكه ، جواز الوقف على هذا الشرط قول أبي يوسف رحمه الله تعالى على ما مر قبل هذا ، وأما جواز الشرط فلأنها صدقة ؛ لأن الرقبة

---

(١) أخرجه الدارقطني في "سننه" (٣) وابن أبي شيبة في "مصنفه" (٣٠٩١٧) وابن ماجه في "سننه" (٢٧٠٩)، ومسند الشاميين (١٤٨٤)، والطبراني في "المعجم الكبير" (٩٤)، وابن عبد البر في "التمهيد" (١٤/ ٣٠٢).

خرجت عن ملكه، فإن فضل من فوقه شيء من هذه الغلات، فللغرماء أن يأخذوا منه؛ لأن الغلات بقيت على ملكه.

١١٤٨٥- القاضى إذا أطلق بيع وقف [غير] مسجل، هل يكون ذلك منه حكمًا ببطلان الوقف؟ ينظر إن أطلق لوارث الواقف، يكون حكمًا، ويجوز البيع، وإن أطلق لغير وارث الواقف، لا يكون حكمًا، ولا يجوز البيع، وهذا لأن الوقف لوبطل يعود إلى ملك وارث الوقف [وبيع مال الغير لا يجوز].

١١٤٨٦- سئل شمس الإسلام محمود الأوزجندى رحمه الله: عمن باع محدودًا قد أوقفه، وكتب القاضى الشهادة على الصك، لا يكون ذلك قضاء بصحة البيع، وهذا صحيح ظاهر؛ لأن للقضاء شرائط من الشهادة والدعوى، وغير ذلك، ولم يوجد ذلك ههنا.

سئل الفقيه شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى عن أوقاف المسجد إذا تعطلت، وتعذر استغلالها، هل للمتولى أن يبيعها، ويشترى مكانها أخرى؟ قال: نعم، قيل: إذا لم يتعطل، ولكن يوجد بثمنها ما هو خير منها، هل له أن يبيعها؟ قال: لا. ومن المشايخ من لم يجوّز بيع الوقف، تعطل أو لم يتعطل، وكذا لم يجوز الاستبدال بالوقف، وهكذا حكى فتوى شمس الأئمة السرخسى.

وقد روينا عن محمد رحمه الله تعالى فى فصل العمارة أنه إذا ضعفت الأراضى الموقوفة عن الاستغلال، والقيم يجد بثمنها أرضًا أخرى، هى أكثر ريعًا، أن له أن يبيع هذه الأرض، ويشترى بثمنها ما هو أكثر ريعًا.

وفى "المنتقى": قال هشام: سمعت محمدًا رحمه الله تعالى [يقول] فى الوقف: إذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين، فللقاضى أن يبيعه، ويشترى بثمنه غيره، وليس ذلك إلا للقاضى.

١١٤٨٧- فى "واقعات الناطفى": رجل جعل فرسًا له حبسًا فى سبيل الله، فليس لأحد أن يؤاجره؛ لأنه أعد لأمر آخر، إلا إذا احتيج إلى نفقتها، فيؤاجر بقدر ما ينفق عليها، قال الناطفى: هذه المسألة دليل على أن المسجد إذا احتاج إلى نفقتها، يوجر قطعة منها بقدر ما ينفق عليه.

١١٤٨٨- فيه أيضًا: متولى الوقف إذا أخذ الغلة، ومات، ولم يبين ماذا صنع، لم يضمن، فالأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجميل إلا فى مسائل معدودة[١]، من جملتها

---

(١) وفى "ظ": فى مسائل معلومة.

هذه المسألة، وقد ذكرنا تمامها فى الوديعة.

١١٤٨٩- فى "فتاوى الفضلى": رجل وقف ضيعة بلفظ الصدقة على ولديه، فإذا انقرضا فعلى أولادهما، وأولاد أولادهما أبدًا ما تناسلوا، فإذا انقرض أحد الوالدين، وخلف ولدًا، تصرف نصف الغلة إلى الولد الباقى، والنصف إلى الفقراء، فإن مات الولد الثانى من ولدى الواقف، صرفت الغلة كلها إلى أولادهما، وأولاد أولادهما؛ لأن شرط الواقف مراعى، والواقف إنما جعل الغلة لأولاد الأولاد بشرط انقراض الولدين، ولم ينقرضا فى الفصل الأول، فيكون نصف الغلة للولد الباقى، والنصف للفقراء للفظة الصدقة.

١١٤٩٠- وفيه أيضًا: رجل قال فى صحته: جعلت دارى صدقة موقوفة على المحتاجين من ولده، وليس فى ولده إلا محتاج واحد، فله النصف من غلة الأرض، والنصف الآخر للفقراء، عملا بقوله: صدقة موقوفة، أراد المتولى أن يقرض ما فضل من غلة الوقف.

١١٤٩١- ذكر فى وصايا "فتاوى أبى الليث": رجوت أن يكون ذلك واسعًا إذا كان ذلك أصلح، وأحرز للغلة من إمساك الغلة، ولو أراد أن يصرف فضل الغلة إلى حوائجه على أن يرده إذا احتيج إلى العمارة، فليس له ذلك، وينبغى أن يتنزه غاية التنزه، فإن فعل مع ذلك، ثم اتفق مثل ذلك فى العمارة، رجوت أن يكون ذلك ميراثًا له عما وجب عليه.

١١٤٩٢- وفى "فتاوى الفضلى": أنه يبرأ عن الضمان مطلقًا، وإن جاء بمثل ما أنفق فى حاجته، وخلطه بدراهم الوقف، صار ضامنًا للباقى؛ لأنه صار مستهلكًا، فلو أراد أن يبرأ عن الضمان، يفعل أحد الوجهين: إما أن ينفق ذلك كله فى مصلحة المسجد إن كان الوقف على المسجد، وإن كان الوقف على شىء آخر ينفق على ذلك الشىء[1]، أو يرفع الأمر إلى القاضى ليأمر القاضى رجلا بقبض ذلك منه للوقف، ثم يدفع إليه رجل وقف بعد وفاته وقفًا صحيحًا، فله أن يرجع عنه؛ لأن الوقف بعد الوفاة وصية وللموصى أن يرجع فى وصيته.

١١٤٩٣- سئل شمس الإسلام محمود الأوزجندى رحمه الله تعالى: عمن وقف، ثم افتقر، وأراد أن يرجع فيه، قال: يرفع [الأمر] إلى القاضى حتى يفسخ القاضى الوقف.

١١٤٩٤- رجل وقف ضيعة له، نصفها على امرأته، ونصفها على ولد له بعينه على أنه إن ماتت المرأة، صرفت نصيبها إلى أولاده، وآخره لفقراء المسلمين، ثم ماتت المرأة، يكون للابن الموقوف عليه من نصيبها نصيب؛ لأن الواقف شرط نصيبها لأولاده، والابن الموقوف عليه من أولاده.

---

(١) وفى "ف" و "م": على ذلك المسجد مكان على ذلك الشىء.

وإذا كان الوقف على أرباب معلومين، يحصى عددهم، فنصب[1] هؤلاء الأرباب متوليًا بدون استطلاع رأى القاضى، ذكر فى "فتاوى أهل سمرقند" أنه يصح إذا كانوا من أهل الصلاح، وقاسوا هذه المسألة على ما إذا نصب أهل المسجد متوليًا بغير أمر القاضى، وقد ذكرنا [تلك المسألة فيما تقدم، وذكرنا] اختيار الصدر الشهيد فى تلك المسألة أنه لا يصح التولية بغير أمر القاضى، واختياره فى هذه المسألة هكذا أيضًا أنه لا يصح إلا بأمر القاضى.

١١٤٩٥- وذكر الخصاف فى وقفه: إذا وقف ضيعة مع رقيق يعملون فيها، فقتل بعضهم، وأخذ [القيم] قيمته من قاتله، ينبغى له أن يشترى بها عبدًا آخر مكان المقتول، يعمل فى هذه الصدقة، وإن جنى أحدهم جناية، ينبغى أن ينظر القيم أيهما أصلح بأمر هذه الصدقة، دفع الجانى، أو فداه بأرش الجناية، ويعمل بما هو أصلح بأمرها، فإن فداه الوصى بأرش الجناية من غلة هذه الصدقة، وكان أرش الجناية أكثر من قيمته، فهو متطوع فى الفضل ضامن له، وليس إلى أهل الوقف من الدفع والفداء شىء، فإن فداه أهل الوقف، كانوا متطوعين، وكان الجانى فى الصدقة على ما كان عليه، ومسألة جناية الوقف صارت واقعة فى زماننا، وأفتى بعض المشايخ أنها فى مال الوقف، لأنها صارت ممنوعة الدفع بفعله، فصار كجناية المدبر.

متولى الوقف إذا قام إلى عمارة الوقف، وأراد أن يأخذ لكل يوم أجر أجير[2]، ليس له ذلك.

١١٤٩٦- رجل جعل أرضه مقبرة، أو خانًا للغلة، أو مسكنًا، سقط عنها الخراج؛ لأن سبب وجوب الخراج الأرض النامية الصالحة للزراعة -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

تمّ كتاب الوقف

---

(١) هكذا فى الأصل و النسخة "ظ"، وكان فى "ف" و "م": فنصيب.

(٢) وفى النسخة "ف": أجرة بدلا عن أجر.

كتاب الهبة والصدقة

هذا الكتاب يشتمل على اثنى عشر فصلا :

الفصل الأول
فى ألفاظ الهبة، وما يقوم مقامها

١١٤٩٧- ذكر الحاكم فى "المنتقى" : إذا كان لرجل عبد فى يدى رجل، قال المودع لمولى العبد : هبه لى، فقال المولى : هو لك، فقال : لا أقبل، فهو هبة، فقد جعل الهبة نظير النكاح، لا نظير البيع.

إذا قال لغيره : هذه الجارية لك، فهى هبة [جائزة، رواه ابن سماعة عن أبى يوسف. وفى هبة "الأصل" إذا قال : هى لك فاقبضها، فهى هبة][١].

١١٤٩٨- وفى "الأصل" : جعلت هذه الدار لك فاقبضها، فهى هبة؛ لأن معنى كلامه : ملكتك هذه الدار، ألا يرى أن فى التمليك بدل لفظ الجعل ولفظ التمليك سواء، فكذا فى التمليك بغير بدل.

١١٤٩٩- وفى "الفتاوى" : عن الفقيه أبى جعفر رحمه الله تعالى إذا قال لغيره : اين ترا، فهذه هبة لا تجوز إلا بالقبض، ولو قال : اين ترا ست، فهذا إقرار.

وسئل أبو نصر عمن قال : جميع ما أملكه لفلان، قال : هذا هبة لا تجوز إلا بالقبض.

١١٥٠٠- وسئل [الفقيه] أبو بكر رحمه الله تعالى عن رجل له ابن صغير، غرس كرمًا، وقال : اغرسه باسم ابنى، فهذا لا يكون هبة، قيل له : إن قال : جعلته باسم ابنى؟ قال : هذا أقرب إلى الهبة من الأول، قيل له : إن قال : جعلته لابنى؟ قال : لا شك فى هذا أنه هبة.

فى "الأصل" : إذا قال : أعمرتك هذه الدار، أو أعطيتك هذا الثوب [عطية، كسوتك هذا الثوب][٢]، فهذا كله هبة.

وفى "البقالى" : إذا قال : أعطيته وهو فى يده، فقال : أعطيتك، فهذا هبة، وإن كان فى يد صاحبه، فهو وديعة.

١١٥٠١- فى "الأصل" : إذا قال : منحتك هذه الدراهم، وهذا الطعام، فهو هبة، ولو قال : منحتك هذه الأرض، وهذه الجارية، فهو عارية، فالأصل أن لفظة المنحة إذا أضيفت إلى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى عندنا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسختين : "ف" و "م".

ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، فهو هبة، وإذا أضيفت إلى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، فهو عارية.

١١٥٠٢- وإذا قال: أطعمتك هذه الأرض، فهو عارية، ولو قال: أطعمتك هذا الطعام، فإن قال: فاقبضه، فهو هبة، وإن لم يقل: فاقبضه، يكون هبة، أو عارية، فقد اختلفت إشارات المشايخ رحمهم الله تعالى في شروحهم.

١١٥٠٣- في "الأصل": إذا قال: داري لك عمري سكني، فهو عارية، وليس بهبة، وكذلك إذا قال: هي لك هبة عارية، أو قال: عارية هبة، فهذا كله عارية، ولو قال: داري هذه لك عمري تسكنها، فهو هبة؛ لأن قوله: تسكنها، ليس بتفسير لقوله: عمري؛ لأن الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم، بل هو مشورة، فإن شاء قبل مشورة، وإن شاء لم يقبل، بخلاف قوله: عمري سكني؛ لأن قوله: سكني يصلح تفسيراً لقوله: عمري؛ لأن كل واحد منهما اسم، والكلام المبهم إذا تعقبه تفسير، فالعبرة للتفسير.

١١٥٠٤- إذا قال: هذه الدار هبة لك ولعقبك من بعدك، فهي هبة له، وذكر العقب لغو، وكذلك إذا قال: هي لعقبك من بعدك، ولو قال: أسكنتك هذه الدار حياتك، ولعقبك بعد موتك، فهذه عارية حال حياته، ولعقبه بعد موته، وذكر العقب هنا لا يكون لغواً، والفرق أن قوله: هي هبة لك، تمليك العين منه، وبعد ما ملك العين لا يبقى[١] له ولاية الإيجاب لغيره، وقوله: أسكنتك، إيجاب المنفعة، وبعد إيجاب المنفعة يبقى له ولاية الإيجاب لغيره، فكان كلامه عارية في حقه، وفي حق عقبه بعده.

في "المنتقى": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا قال: لفلان نصف مالي، لفلان ربع مالي، نصف عبدي هذا، فهذا هبة.

١١٥٠٥- وفي "فتاوى النسفي[٢]": إذا قال لغيره: هذه الجارية لك حلال، فهذا على أنه أحل فرجها له، فلا يجوز إلا أن يكون قبله كلام يستدل على أنه وهبها له، ولو قال: وهبت لك فرجها، فهو هبة إذا قبضها.

---

(١) وفي النسخة "ظ": لا ينبغي.

(٢) هكذا في النسختين: "ف" و"م"، وحاشية النسخة "ظ"، وكان في الأصل ومتن النسخة "ظ": المنتقى.

الفصل الثاني
فيما يجوز من الهبة وما لا يجوز

١١٥٠٦- قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": لا تجوز الهبة إلا محرزة مقسومة مقبوضة، فيستوى فيه الأجنبي والولد إذا كان بالغًا، وقوله: لا يجوز، أي لا يتم الحكم، فالجواز ثابت قبل القبض باتفاق الصحابة رضي الله تعالى عنهم، والقبض الذي يتعلق به تمام الهبة القبض بإذن الواهب، وذلك نوعان: صريح، ودلالة، ففيما إذا أذن له بالقبض صريحًا، يصح قبضه في المجلس، وبعد الافتراق عن المجلس، ويملكه قياسًا واستحسانًا، ولو نهاه عن القبض بعد الهبة، لا يصح قبضه، لافي المجلس ولابعد الافتراق عن المجلس، ولا يملكه قياسًا، لولم يكن أذن له بالقبض، ولم ينهه عنه، إن قبضه في المجلس صح قبضه استحسانًا، ولايصح[1] قبضه قياسًا، وإن قبضه بعد الافتراق عن المجلس، لا يصح قبضه قياسًا واستحسانًا.

١١٥٠٧- ولو كان الموهوب غائبًا، فذهب، وقبض، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان حاضرًا وقبضه بعد الافتراق عن المجلس سواء، إن كان القبض بإذن الواهب، جاز استحسانًا لا قياسًا، وإن كان بغي إذن الواهب لا يجوز قياسًا واستحسانًا.

١١٥٠٨- وفي "البقالي": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا قال: اقبضه، فقال: قبضت، والموهوب حاضر، جاز، إذا لم يبرح الموهوب قبل قوله: قبضت، ولايكفي قوله: قبلت، وإذا لم يقل: اقبضه، فإنما القبض أن ينقله، فإذا لم يقل: قبلت، لم يجز [وإن نقل] إلا أن تكون الهبة بمسألته.

١١٥٠٩- في "المنتقى": إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: إذا وهب جارية لامرأة، والجارية في البيت، وليست بحضرتها، فقالت: قبلت، لم يجز إلا أن تكون بحضرتها، قد ذكرنا أن الهبة لا تتم إلا بالقبض.

١١٥١٠- والقبض نوعان: حقيقي [وهو ظاهر]، وحكمي، وذلك بالتخلية[2]؛ لأنها

---

(١) وفي "ظ" و"ف": ولم يصح.

(٢) هكذا في النسخ الباقية التي عندنا، وكان في الأصل: وذلك بالتخلية ليس بقبض بلا خلاف؛ لأنها إذا كانت بحضرتها.

إذا كانت بحضرتها، فقد تمكنت من قبضها حقيقةً، وهو قبض التخلية، وهذا قول محمد رحمه الله تعالى خاصة، وعند أبي يوسف التخلية ليست بقبض، وهذا الخلاف في الهبة الصحيحة، فأما في الهبة الفاسدة فالتخلية ليس بقبض بلا خلاف.

في "المنتقى" أيضًا: إذا وهب غلامه من رجل، والغلام بحضرتهما، ولم يقل له الواهب: اقبضه، فذهب الواهب، وترك الغلام، ليس له أن يقبضه حتى يأمره بقبضه.

١١٥١١- في "المنتقى" أيضًا: رجل وهب لرجل غلامًا، فلم يقبضه الموهوب له حتى وهبها الواهب من رجل آخر، ثم أمرهما بالقبض، فقبضاه، فهو للثاني، وكذلك لو أمر الأول بالقبض، فقبضه، كان باطلا؛ لأن الهبة من الثاني أبطلت الهبة من الأول.

١١٥١٢- وفيه أيضًا: رجل وهب لرجل ثوبًا في صندوق، فقفل عليها، ودفع الصندوق إليه، قال: هذا ليس بقابض لما وهب له، ولو كان الصندوق مفتوحًا، فهو قابض لما وهب له؛ لأن في الفصل الأول لم يصر مخليًا بين الموهوب والموهوب له، بخلاف الفصل الثاني.

١١٥١٣- هبة المشاع فيما يحتمل القسمة من رجلين، أو من جماعة عندهما صحيحة، وعند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فاسدة، وليست بباطلة حتى يفيد الملك عند القبض، فالشيوع من الطرفين فيما يحتمل القسمة مانع صحة الهبة، وتمامها بالإجماع، ومن طرف الموهوب مانع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، خلافًا لهما؛ لأن الشيوع من طرف الموهوب له لا يلحق ضمان المتبرع، وهو المانع من تمام الهبة في الشيوع من الطرفين.

وإنما يشترط كون الموهوب مقسومًا ومفرزًا وقت القبض والتسليم لا وقت الهبة، بدليل أنه لو وهب نصف الدار شائعًا، ولم يسلم حتى وهب النصف الثاني وسلم لا يجوز، ولو وهب النصف شائعًا ولم يسلم حتى وهب النصف الآخر، وسلم الكل يجوز، وعلى أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إذا وهب الدار من رجلين، وسلم إليهما جملة، يجوز، ولو سلم إلى كل واحد منهما نصف الدار، لا يجوز، فهذا لا يبين لك أن العبرة لحالة القبض.

واختلف عبارة المشايخ في بيان معنى ذلك، بعضهم قالوا: بأن هبة المشاع عندنا غير فاسدة، إلا أنها غير تامة، لعدم القبض على وجه التمام بسبب الشيوع، فإذا انعدم الشيوع قبل القبض، زال المانع من تمام القبض، فعملت الهبة الشائعة عملها، وبعضهم قالوا: بأن التسليم في معنى شطر[1] العقد في باب الهبة، فإذا زال الشيوع قبل القبض، صار كأن العقد [قد] وقع

(١) هكذا في النسختين: "ف" و "م"، وكان في الأصل والنسخة "ظ": شرط.

على المفرز المقسوم، ولهذا لو وهب النصف، ولم يسلم حتى وهب النصف الآخر، وسلم الكل جاز، وجعل كأن [العقد] واحد ضرورة اتحاد الشرط، وهو القبض والتسليم، بخلاف ما إذا تفرق التسليم؛ لأن هناك العقد، وكل عقد ليس بتام، لانعدام تمام القبض الذى هو شطر[1] العقد.

١١٥١٤- وفى "المنتقى": ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى رجل قال لرجلين: وهبت لكما هذه الدار، لهذا نصفها، ولهذا نصفها جاز؛ لأنه لا يحتمل أن يكون هذا تفسيراً لحكم العقد، على هذا التقدير لا يتمكن الشيوع فى العقد، وهو المانع من تمام الهبة، وهكذا روى عن ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى.

ولو قال لأحدهما: وهبت لك نصفها، ولهذا نصفها، لم يجز؛ لأنه أثبت الشيوع فى العقد.

١١٥١٥- ولو قال: وهبت لكما هذه الدار لك ثلثها، ولهذا ثلثاها، على قول محمد يجوز، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لا يجوز؛ لأنه لا يمكن أن يجعل هذا تفسيراً؛ لأن مطلق العقد لا يقتضى المثالثة، فكان لإثبات الشيوع فى العقد.

١١٥١٦- وعنه أيضًا فى رجل وهب نصف دار غير مقسوم، ودفع الدار إليه، فباع الموهوب له ما وهب له، لا يجوز بيعه، قال: وهو بمنزلة من باع هبة لم يقبضها، وهذا بناء على ما قلنا أن الهبة لا تفيد الملك قبل القبض، والشيوع لا يحتمل القبض بصفة الكمال إلا بالقسمة، فلا يفيد الملك قبل القسمة، فهو معنى ما قال، وهو بمنزلة من باع هبة لم يقبضها.

ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": هبة الدار من رجلين، وعطف الصدقة عليها، فقال: وكذلك الصدقة، وهذا يدل على أنه إذا تصدق بما يقسم على رجلين، أنه لا يجوز عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه كالهبة.

وفى "الجامع الصغير": قال: لو تصدق بعشرة دراهم على فقيرين يجوز، قال الحاكم الشهيد: يحتمل أن يكون المراد من قوله: وكذلك الصدقة، على غنيين، فيكون ذلك بمنزلة الهبة؛ لأنه جعل الهبة من الفقير صدقة، فتكون الصدقة على الغنى هبة، والأظهر أن فى المسألة روايتين، فعلى رواية "الجامع الصغير" فرق بين الهبة والصدقة.

١١٥١٧- وفى "الجامع الصغير" أيضًا: لو وهب عشرة دراهم من فقيرين جاز، وجعل الهبة من الفقيرين كالصدقة، وأما إذا وهب عشرة دراهم من غنيين عند أبى حنيفة رضى الله

---

(١) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: شرط.

تعالى عنه: لا يجوز؛ لأنه هبة المشاع فيما يحتمل القسمة.

١١٥١٨- وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب الهبة: إذا وهب الرجل لرجل نصف درهم صحيح من الدراهم العدلية، أنه يجوز، هو الصحيح، وجعل هذا بمنزلة [هبة] المشاع فيما لا يحتمل القسمة، وذكر أصلا، فقال: كل ما يوجب قسمته نقصانًا، فإنه مما لا يحتمل القسمة، وإذا لم يوجب نقصانًا فهو مما يحتمل القسمة، فعلى هذا نقول: إن كان الدرهم الواحد ينتقص بالقسمة يجوز هبة نصفه، وإن كان لا ينقص لا يجوز هبة نصفه.

١١٥١٩- وذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في "واقعاته" في باب الباء: إذا وهب لرجلين درهمًا صحيحًا، تكلموا فيه، قال بعضهم: لا يجوز؛ لأن تنصيف الدرهم لا يضر، فكان مشاعًا يحتمل القسمة، والصحيح أنه يجوز؛ لأن الدرهم الصحيح لا يكسر عادةً، فكان مشاعًا يحتمل القسمة.

١١٥٢٠- في "المنتقى": ابن مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل معه درهمان، فقال لرجل: وهبت لك درهمًا منهما، قال: إن كانا مستويين في الوزن والجودة، لم تجز الهبة، إلا أن يفرز له أحدهما؛ لأن الهبة تتناول أحدهما، وهو مجهول، وإن كانا مختلفين، فالهبة جائزة؛ لأنهما إذا كانا مختلفين، فالهبة قدر درهم منهما، وهو مشاع لا يحتمل القيمة، وأما في الدراهم المقطعة والمكسرة، فلايجوز ذلك حتى يفرزه.

١١٥٢١- ولو قال: وهبت لك أحد هذين الدرهمين، وهما مختلطان، وهما مما يميز أولا يميز، فالهبة باطلة؛ لأن الموهوب مجهول، وسبب التمليك لا ينعقد في محل مجهول.

١١٥٢٢- وفيه أيضًا: عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه إذا دفع درهمين إلى رجلين، فقال: أحدهما لك هبة، لم يجز، كانا في الوزن سواء، أو مختلفين؛ لأن الموهوب مجهول، ولو قال: نصفها لك، فإن كانا في الجودة والوزن سواء، لم يجز، وإن كان أحدهما أدون من الآخر وأردأ جاز؛ لأنه إذا قال: نصفها لك، صار الموهوب معلومًا، وهو النصف، لو امتنع عمله الهبة[1]، إنما يمتنع لمكان الشيوع، فإذا كان في الجودة والوزن سواء، يتمكن الشيوع، وإن كان أحدهما أردى وأدون، فلا يجوز شيوع فيجوز.

١١٥٢٣- في "فتاوى أبي الليث": رجل قال لختنه بالفارسية: اين زمين ترا، فاذهب وازرعها، إن كان قال الختن عند ما قال هذه المقال: قبلت، وزرع، صارت الأرض له، وإن لم

(١) هكذا في "ظ"، وكان في الأصل والنسختين: "ف" و"م": عمل الهبة.

يقل: قبلت، لا شيء له، وذكرنا في أول هذا الفصل ما يخالف هذا.

١١٥٢٤- وإذا وهب نصف عبده، أو ثلثه، وسلم لا يجوز؛ لأن هذا مما لا يحتمل القسمة، وكذلك إذا وهب عبده لرجلين، أو وهب رجلان عبدًا لهما من رجل، وكذلك لو وهب رجل لرجلين نصف عبدين، أو نصف ثوبين مختلفين هروى ومروى، أو نصف عشرة أثواب مختلفة زطى وهروى؛ لأن مثل هذه الثياب لاتقسم قسمة واحدة، فكان واهبًا لنصيبه بنصف كل ثوب، وكل ثوب ليس يحتمل القسمة في نفسه، وكذلك الدواب المختلفة على هذا، وإن كان [ذلك] من نوع واحد [يقسم قسمة واحدة، وكذلك الدواب المختلفة على هذا، وإن كان من نوع واحد][1] لم تجز هبته إلا مقسومًا؛ لأن الثياب إذا كانت من نوع واحد، تقسم قسمة واحدة، والدواب كذلك، وإنما وهب النصف مشاعًا فيما يحتمل القسمةوذلك جائز، وإن وهب نصيبًا له في حائط، أو طريق، أو حمام، وسمى وسلط، فهو جائز؛ لأنه غير محتمل القسمة؛ لأنه إذا قسم لا يمكن الانتفاع على الوجه الذي ينتفع به قبل القسمة، وهذا هو صفة ما لا يحتمل القسمة.

نوع منه:

١١٥٢٥- وهب لرجل دارًا فيها متاع الواهب، ودفعها إلى الموهوب له، فالهبة باطلة، هكذا ذكر في الزيادات، ومعناه أنه غير تامة، وفي "البقالي" يقول: في الدار متاع الواهب، أو إنسان من أهله، الأصل في جنس هذه المسائل أن اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام [الهبة لما ذكرنا أن القبض شرط تمام الهبة، واشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام][2] القبض من الموهوب له، وهذا لأن الموهوب ما دام مشغولا بملك الواهب، كان يد الواهب قائمة على الموهوب لقيامها على ما هو شاغل للموهوب، وقيام يد الواهب على الموهوب يمنع تمام يد الموهوب له، فأما اشتغال ملك الواهب بالموهوب [لا يمنع تمام الهبة؛ لأن الموهوب فارغ لامانع فيه عن تمام القبض؛ لأن اشتغال ملك الواهب بالموهوب][3] لا يوجب يد الواهب على الموهوب، فلا يمنع تمام يد الموهوب له، فلا يمنع تمام الهبة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التي عندنا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التي عندنا.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

جئنا إلى تخريج المسألة، فنقول: الموهوب وهو الدار مشغولة بملك الواهب، فمنع تمام القبض، وهو المعنى من البطلان المذكور فى الكتاب، ألا ترى أنه لو فرغ الدار، وسلمها إليه فارغة، تمت الهبة فيها، وكذلك لو وهب لرجل آخر جرابًا، أو جوالقا فيه طعام[1]، فالهبة غير تامة؛ لما ذكرنا.

١١٥٢٦- لو وهب ما فى الدار من المتاع، وما فى الجراب والجوالق من المتاع، فالهبة تامة؛ لأن الموهوب ههنا شاغل بملك الواهب، وليس بمشغول بملكه، وذلك لايوجب يد الواهب على الموهوب أكثر ما فيه أن يد الواهب قائمة على الدار والجوالق والمتاع والطعام فيها، إلا أن هذه الأشياء تابعة وآلة لحفظ ما فيها، وقيام اليد على التبع لا يوجب قيام اليد على الأصل، ولاكذلك المسألة الأولى.

١١٥٢٧- ونظير هذا إذا وهب جارية لرجل عليها حلى، ووهب الجارية دون الحلى، وسلمها، فالهبة تامة؛ لأن الموهوب شاغل بملك الواهب، وبمثله لو وهب الحلى دون الجارية [وسلم الجارية] فالهبة غير تامة. وكذلك إذا وهب دابة، وعليها سرج أو لجام، ووهب الدابة دون السرج واللجام، وسلمها إليه، فالهبة تامة، ولو وهب السرج واللجام دون الدابة، فالهبة غير تامة، والمعنى ما ذكرنا.

١١٥٢٨- ولو أن الواهب أودع الطعام والمتاع من الموهوب له، ثم وهب الدار والجوالق منه، وسلم الكل إليه [أو أودع المتاع والطعام بعد ماوهب الدار والجوالق، وسلم الكل إليه][2]، تمت الهبة فى الدار؛ لأن بالإيداع ثبت يده على المتاع حقيقة، فلا يبقى يد الواهب على المتاع حقيقة.

١١٥٢٩- وفى "فتاوى أبى الليث": إذا وهبت المرأة دارها من رجل هو زوجها، وهى ساكنة فيها، ولها أمتعة فيها، والزوج ساكن معها يصح؛ لأنها مع ما فى يدها من الدار فى يد الزوج، فكانت الدار فى يد الواهب معنى، فصحت الهبة.

١١٥٣٠- وفى "المنتقى": رجل وهب عبده من رجل، وعلى عنق العبد شىء يحمله، جازت الهبة فى العبد، ولو وهب حمارًا عليه حمل، ووهب الحمار دون الحمل، لا يجوز، وهو بناء على ما ذكرنا.

١١٥٣١- وهب لرجل أرضًا فيها زرع ونخيل، أو نخيلا فيها ثمر، أو وهب زرعًا أو

---

(١) وفى "م": طعام الواهب.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

نخيلا فى أرض، أو ثمرًا على نخيل، لم تجز الهبة؛ لأن الموهوب متصل بغير الموهوب اتصال خلقة، وكان بمنزلة مشاع يحتمل القسمة، والطرفان فى حق هذا المعنى على السواء.

١١٥٣٢- وهب دارًا، وسلمها إلى الموهوب له، وفى الدار متاع الواهب، ثم وهب المتاع منه بعد ذلك، وسلم إليه، جازت الهبة [فى المتاع، ولا تجوز فى الدار، ولو وهب الدار، ولم يسلم حتى وهب المتاع، وسلمها جملة، جازت الهبة][1] فيها، وكذلك إذا وهب الجراب والجوالق، ولم يسلم حتى وهب [الطعام وسلمه جملة، جازت الهبة فى الكل، وكذلك إذا وهب الأرض ولم يسلم حتى وهب][2] ما فيها من النخيل، والزرع، وسلمها جملة، وكذلك إذا وهب النخيل، ولم يسلم حتى وهب ما فيها من الثمر، وسلم الكل، جازت الهبة [فى الكل] لأنه لا مانع من تمام الهبة حالة التسليم.

١١٥٣٣- وهب من آخر دارًا فيها متاع الواهب، ووهب الدار والمتاع جملة بعقد واحد، وسلمها إلى الموهوب له، ثم جاء مستحق، واستحق المتاع دون الدار، فالهبة تامة فى الدار؛ لأن بالاستحقاق لا يتبين أن الدار كانت مشغولة بملك الواهب، وهو المانع من تمام الهبة فى المسألة الأولى، وكذلك لو وهب جوالقًا بما فيه من المتاع، وسلمها إلى الموهوب له، ووهب جرابًا بما فيه من الطعام، ثم استحق المتاع والطعام، كانت الهبة تامة فى الجراب والجوالق.

١١٥٣٤- ولو وهب أرضًا بما فيها من الزرع، وسلمها، أو وهب نخيلا بما فيها من التمر، وسلمها، ثم استحق الزرع والتمر بدون النخيل والأرض، فالهبة باطلة فى الأرض والنخيل؛ لأن باستحقاق الزرع والتمر ظهر الشيوع المقارن بالهبة على وجه يحتمل القسمة، وأنه يبطل الهبة، بخلاف مسألة الجوالق والجراب والدار.

١١٥٣٥- فى "المنتقى": قال لغيره: وهبت لك هذين البيتين، وأحدهما مشغول، لايجوز الهبة فى واحد منهما. ولو قال: وهبت لك هذا البيت، وحصة من هذا البيت الآخر، جازت الهبة فى البيت؛ لأن فى الفصل الأول العقد فى البيتين حصل بلفظين، فبطلان أحدهما لايوجب بطلان الآخر.

١١٥٣٦- وفيه أيضًا: إذا وهب داره من ابنين له، أحدهما صغير فى عياله، والآخر كبير، قال: إن قبض الكبير جازت الهبة لهما، وذكر فى موضع آخر عن أبى يوسف رحمه الله

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

تعالى أن الهبة فاسدة، وهو الصحيح، ولا شك فى فساد هذه الهبة عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وإنما الشك على مذهبهما؛ لأنه لو وهب من كبيرين، يجوز عندهما، وإذا كان أحدهما صغيراً، قالا: لا يجوز، وهكذا ذكر فى "فتاوى أبى الليث".

والفرق إذا كان أحدهما صغيراً، فالهبة للصغير انعقدت للحال لقيام قبض الأب مقام قبضه، فالهبة من الكبير إضافة[1] إلى قبض الكبير سابقة معنى، ففسدت كلها بالاتفاق، قال البقالى: الحيلة أن يسلم الدار إلى الابن الكبير، ثم يهب الدار منهما.

الحسن بن زياد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى إذا أعطاه نصف داره صدقة، ونصفها هبة له، وقبل ذلك الرجل، وقبضها، فهو جائز، وله أن يرجع فى نصفها الذى وهبه.

وفى المسألة نوع إشكال؛ لأن الهبة مع الصدقة مختلفان حكمًا، فإنه لا رجوع فى الصدقة، وفى الهبة رجوع، وباختلاف الحكم يتحقق الشيوع، فينبغى أن لا تجوز الهبة.

نوع منه:

١١٥٣٧- إذا وهب الدين من غير من عليه الدين، وسلطه على القبض، جاز ذلك استحسانًا، والقياس أن لا يجوز، وبه أخذ زفر؛ لأن الدين ليس بمال، والهبة وضعت لتمليك المال، فالهبة أضيفت إلى غير محلها، فلا يصح، وإنما جاز هبة الدين ممن عليه الدين بطريق الكناية عن الإبراء والإسقاط. ولنا أن الواهب لما أمره بالقبض، فقد جعله نائبًا عن نفسه فى القبض، فيقع قبض الموهوب للواهب أولا، ثم لنفسه، أو أن عمل الهبة ما بعد القبض، وبعد القبض هو مال محل للتمليك، بخلاف البيع؛ لأن أوان عمله للحال، وهى فى الحال ليس بمحل للتمليك.

١١٥٣٨- وإذا وهب ما على ظهر غنمه من الصوف، أو ما فى ضرعها من اللبن، لم يجز، فإن أمره بجز الصوف، وحلب اللبن، ففعل، وقبض، جاز استحسانًا، وعلى هذا زرع الأرض، وثمر الأشجار إذا أمره بجذاذه وحصاده.

١١٥٣٩- كذا ذكر فى "الأصل" أيضًا: إذا وهب ما فى بطن جاريته لرجل، وسلطه على قبضه إذا وضعت، فوضعت، وقبضها الموهوب له، لم يجز، وكذا دهن السمسم قبل أن يعصر، والزيت فى الزيتون، ودقيق الحنطة، من أصحابنا رحمهم الله تعالى من يقول على

---

(١) وفى "ف": احتاجت بدلا من إضافة.

قياس هبة الدين: ينبغي أن يجوز ههنا إذا سطها أيضًا على القبض، والأصح أنه لا يجوز، أما الولد الذي في البطن، فلأنه لا يتيقن بوجوده في البطن، وبعد الوجود لا يتيقن حياته، ودهن السمسم، وزيت الزيتون، ودقيق الحنطة لا بد لوجودها في السمسم من العصر، وفي الحنطة من الطحن، والعصر، والطحن آخرهما وجودًا، فيضاف وجود الدهن والدقيق إلى العصر، فلم يكن موجودًا وقت الهبة، فلهذا لا يجوز.

وفي "فتاوى البقالي": عن محمد رحمه الله تعالى أنه يجوز في الدهن، وكذلك في قوله: إن أدرك التمر وقد طلع، وإذا كان عسر.

١١٥٤٠- في الفتاوى لأبي الليث: رجل حلب منه لولده، فوهبها لرجل، وسلطه على قبضها، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى الهبة باطلة؛ لأن في قيامها وقت الهبة خطر، وقال زفر: الهبة جائزة.

١١٥٤١- ذكر الحاكم في "المنتقى": إذا وهب المضاربة للضارب، وبعضها على الناس، وبعضها في يده جازت الهبة فيما في يده، وأما ما كان على الناس، فإن قال: اقبضها، فهو جائز، وإن كان في المال ربح، فلا يجوز، قال: لأنها هبة غير مقسومة، أما هبة ما في يد المضارب، فهو هبة عين هو أمانة [في يد] المضارب، وأما هبة ما على الناس، فهو هبة [الدين] من غير من عليه الدين، إذا سلطه على القبض وقبض صحت استحسانًا، وأما الربح، فهو هبة المشاع فيما يحتمل القسمة.

الفصل الثالث
فيما يتعلق بالتحليل وما يتصل به

١١٥٤٢- في "فتاوى أبي الليث": رجل قال لآخر: أنت في حل مما أكلت من مالي، فله أن يأكله، ولو قال: من [أكل] من مالي، فهو في حل، لا يحل لأحد أن يأكله، هذا قول ابن زياد، حكى عنه نصير، قال نصير: وسألت محمد بن سلمة عن ذلك، فقال: كل من أكل، فهو في حل، قال نصير أيضًا: سألت محمد بن مقاتل عن رجل له شجرة، فقال: من أكل منها فهو في حل، فلابأس بأن يأكل منها الغني والفقير.

١١٥٤٣- إذا قال لآخر: حللني من كل حق لك على ففعل، وأبرأه من غير أن يعلم ما عليه، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: برئ مما عليه حكمًا، وديانةً، وقال محمد في الحكم: كذلك، وفي الديانة لا يطيب له، ما لم يعلم صاحب الحق بما عليه.

في "فتاوى القاضي[1]": والصحيح قول أبي يوسف؛ لأن الإبراء إسقاط، وجهالة الساقط لا يمنع صحة الإسقاط.

١١٥٤٤- وعن نصير قال: سألت الحسن بن زياد عن رجل قال لآخر: أنت في حل مما أكلت من مالي، أو قال: أخذت، أو قال: أعطيت، قال: لا يحل له أن يأخذ وأن يعطى إلا الأكل، وسئل أبو بكر عمن قال لآخر: جعلتك في حل الساعة، أو قال في الدنيا، قال: يصير في حل في الدارين، ولو قال: لا أخاصمك، ولا أطلبك فيما لي قبلك، قال: هذا ليس بشيء، وحقه عليه على حاله.

١١٥٤٥- وسئل أبو القاسم عمن سبب دابته لعلة، فأخذها إنسان، فأصلحها لمن تكون؟ قال: إن سببها، وقال: من شاء فليأخذها، فأخذها رجل، فهي له، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: الجواب هكذا، إذا قال لقوم معينين عند القبض، وإن لم يقل ذلك لقوم معينين، أو لم يقل ذلك أصلا، فالدابة على ملك صاحبها، وله أن يأخذها، وفي الفتاوى ذكر المسألة مطلقة من غير فصل بينما إذا قال ذلك القول، أو قال مطلقًا.

١١٥٤٦- وسئل أبو بكر عمن قال: أبحت مالي لفلان أن يأكل، والمباح له لا يعلم بذلك، لا يباح له الأكل؛ لأن الإباحة إطلاق، والإطلاق لا يعمل قبل العلم، وسئل هو أيضًا

---

(١) هكذا في النسخ التي في أيدينا، وكان في الأصل: الفضلي.

عن عبد مأذون دفع من مال مولاه، أو من تجارته شيئًا لإنسان هبة، هل يسعه أن يقبل منه؟ إن دفع شيئًا لو بلغ مولاه كره ذلك، لا يسعه أن يقبل، وإن دفع شيئًا لا يكره ذلك، وسعه أن يقبل منه.

١١٥٤٧- إذا وهب للصغير شيء من المأكول، هل يباح لوالديه أن يتناول من ذلك؟ روى عن محمد رحمه الله تعالى نصا أنه يباح.

١١٥٤٨- رجل اتخذ وليمة للختان، وأهدى الناس هدايا، ووضعوا بين يدى الولد، فهذا على وجهين: إما إن قال: هذا للولد أو لم يكن، والجواب فى الوجهين واحد، فنقول: المسألة على قسمين: إما إن كانت الهدية تصلح للصبى كالدراهم والدنانير، أولا، كمتاع البيت والحيوان، ففى القسم الأول الهدية للصبى؛ لأن هذا تمليك من الصبى عادة، وفى القسم الثانى ينظر إلى المهدى، فإن كان من أقرباء الأم، أو من معارفها، فهى للأم؛ لأن التمليك منها عرفًا، هكذا حكى عن الشيخ أبى القسم والفقيه أبى الليث، فالحاصل أن التعويل على العرف، حتى لو وجد سبب، أو وجه يستدل به على غير ما قلنا يعتمد على ذلك، وكذلك إذا اتخذ وليمة لزفاف ابنته إلى بيت زوجها، فأهدى أقرباء الزوج، أو أقرباء المرأة. وهذا كله إذا لم يقل المهدى: أهديت للأب أو الأم فى المسألة الأولى، وللزوج أو المرأة فى المسألة الثانية، بأن تعذر الرجوع إلى قول المهدى، أما إذا قال، فالقول قول المهدى؛ لأنه هو المملك.

١١٥٤٩- وفى "فتاوى أهل سمرقند": رجل قدم من السفر، وجاء بهدايا إلى من نزل عنده، وقال: اقسم هذه الأشياء بين أولادك، وبين نفسك، إن كان المهدى قائمًا يرجع فى البيان إليه، وإن لم يكن فما يصلح للنساء، فهو للنساء، وما يصلح للصغار من الإناث، فهو لهن، وما يصلح للصغار من الذكور، فهو لهم، وما يصلح له فهو له، وإن كان يصلح للرجال والمرأة جميعًا، ينظر إلى المهدى، إن كان من أقارب الرجل، أو من معارفه فله، وإن كان من أقارب المرأة، أو من معارفها، فلها، فإذا التعويل على العادة.

١١٥٥٠- وفى "الفتاوى لأبى الليث": رجل أهدى إليه جاره شيئًا من المأكولات فى إناء، فأراد أن يأكل فى ذلك الإناء، هل يباح له ذلك؟ قال: إن كانت الهدية ثريدًا، أو نحوه يباح له التناول من الإناء؛ لأنه مأذون فيه دلالة؛ لأنه لو جعل فى إناء آخر ذهبت لذّته، وإن كانت مثل الفاكهة ونحوها، فإن كان بينهما انبساط مثل هذا، يباح له التناول لمكان الإذن دلالة، وإن لم يكن بينهما انبساط فى مثل هذا، لا يباح لانعدام الإذن.

١١٥٥١- سئل أبو مطيع عن رجل قال لآخر: ادخل كرمي، وخذ من العنب، كم يأخذ؟ قال: أخذ عنقودًا واحدًا، وإن قال: خذ من البر، قال: يأخذ مقدار منوين؛ لأن المنوين يجوز في كفارة اليمين، قال الفقيه أبو الليث: يجوز أن يأخذ من العنب مقدار ما يشبع إنسان؛ لأن هذا إذن بأخذ ما يحتاج إليه في الحال عادة -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

الفصل الرابع
فى هبة الدين ممن عليه الدين

١١٥٥٢- ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرح كتاب الهبة : أن هبة الدين ممن عليه لا يتم من غير قبول، والإبراء يتم من غير قبول، ولكن للمديون حق الرد قبل موته إن شاء، وعن زفر أنه سوى بينهما، وقال : تتم الهبة والإبراء بدون القبول، وهذا الذى ذكر اختياره، وذكر فى بيوع "الواقعات" فصل الهبة كما ذكره شمس الأئمة أنها لا تتم من غير قبول. وذكر عامة المشايخ فى شرح كتاب [الكفالة، وفى شرح كتاب][1] الهبة أن هبة الدين ممن عليه، وإبراءه يتم من غير قبول، ويرتد بالرد، وإن وهب الدين الذى عليه الأصل أو أبرأه، فمات قبل الرد فهو برىء؛ لأن البراءة تتم من غير قبول [وإنما ترتد بالرد، وكذلك لو كان مبيتًا، فأبرأه منه، وجعله فى حل منه، فهو جائز؛ لأن البراءة تتم من غير قبول][2]، فإن رد الوارث هذا الإبراء، يعمل رده، ويقضى المال، وقال محمد : لا يعمل رده، والبراءة ماضية على حالها.

وجه قول محمد رحمه الله تعالى أن الإبراء وقع للميت؛ لأن الدين على الميت، فلا يعمل رد الوارث، كما لا يعمل رد الكفيل إبراء الأصل، وكما لا يعمل رد الوكيل بقضاء الدين إبراء الوكيل.

ولأبى يوسف ررحمه الله تعالى أن الإبراء وقع للوارث معنى؛ لأن الدين انتقل إلى الوارث فى حق أحكام الدنيا، ألا ترى أن المطالب بالدين هو الوارث، بخلاف الوكيل بقضاء الدين، والكفيل؛ لأن الإبراء للأصيل؛ لأنه حى يطالب به، وينتفع بالإبراء، فلا يعمل رد الكفيل؛ ورد الوكيل، أما هنا بخلافه.

١١٥٥٣- ولو وهب الغريم الدين من الوارث صح بلا خلاف؛ لأن الإبراء وقع له.

١١٥٥٤- ولو كان لرجل دين على عبد الغريم، فوهب الغريم الدين لمولاه صح، سواء كان على العبد دين أو لم يكن.

فى كتاب المأذون فى باب هبة عبد التاجر : فإن رده المولى يرتد برده، قيل : هو على

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسختين : "ف" و "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الخلاف الذى تقدم فى رد الوارث، وقيل : بأن هذا يرتد إجماعًا.

١١٥٥٥- إذا كان الدين بين شريكين فوهب أحدهما نصيبه من المديون صح، ولو وهب نصف الدين مطلقًا، ينفذ فى الربع، ويتوقف فى الربع، كما لو وهب نصف العبد المشترك.

١١٥٥٦- من عليه الدين إذا وهب مالا من رب الدين، يملك رب الدين بالهبة، لا بالدين.

١١٥٥٧- فى "الزيادات" فى آخر باب الحوالة فى "فتاوى أبى الليث" : إذا قال المولى لمكاتبه : وهبت [لك] مالى عليك، فقال المكاتب : لا أقبل، عتق المكاتب، والمال دين عليه، وهذا بناء على ما قلنا : إن هبة الدين ممن عليه الدين يصح من غير قبول، ويرتد بالرد، فلا يظهر انتقاض الهبة فى حق انتقاض العتق.

١١٥٥٨- وفيه أيضًا : سئل أبو بكر عن شريكين، قال أحدهما لصاحبه : وهبت لك حصتى من الربح، فرد على رأس المال، فرده عليه، ثم أراد أن يطالبه بالربح، قال : إن كان المال قائمًا غير مستهلك، ولم يقسمها حتى وهبه، فالهبة باطلة.

الفصل الخامس
فى الرجوع فى الهبة

١١٥٥٩- الهبة أنواع : هبة لأجنبى ، وهبة لذى رحم محرم ، وهبة لذى رحم ليس بمحرم ، أو محرم ليس بذى رحم ، وفى جميع ذلك للواهب حق الرجوع قبل التسليم ؛ [لأنه بالرجوع قبل التسليم] يمتنع عن إتمام العقد ، وبعد التسليم ليس له حق الرجوع فى ذى الرحم المحرم ، سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما كافرًا ، وفيما سوى ذلك له حق الرجوع ، إلا لمانع ، والمانع أخذ العوض ، وإن يزداد الموهوب فى يديه خيرًا زيادة متصلة ، حتى إن زيادة السعر لا يمنع الرجوع ، وكذلك الزيادة المنفصلة لا تمنع الرجوع فى الأصل لا يأتى بعد هذا ، وأن يخرج الموهوب عن ملك الموهوب له ، وأن يموت الواهب ، أو الموهوب له ، وأن يهلك الموهوب ، وأن يتغير [الموهوب] من جنس إلى جنس لهلاك الموهوب حكمًا لصيرورته شيئًا آخر .

١١٥٦٠- ذكر فى باب العطية من هبة "الأصل" : إذا وهب لرجل عبدًا مريضًا ، به جرح ، فداواه الموهوب له ، حتى برئ ، فليس للواهب أن يرجع فيها للزيادة العينية الحاصلة عند الموهوب له ، وكذلك لو كان أصم ، أو أعمى ، فسمع وأبصر ، أما إذا مرض فى يد الموهوب ، فداواه ، حتى برأ ، كان للواهب أن يرجع فيه .

١١٥٦١- وإن كان الموهوب دارًا ، أو أرضًا ، فبنى فى طائفة منها بناء ، أو غرس شجرًا ، فلا رجوع ، وهذا إذا كان ما بنى يعد زيادة ، وإن كان لا يعد زيادة ، كالارای ، أو يعد نقصانًا ، كالتنور فى الكاشانة ، لا يمنع الرجوع ؛ فالمانع من الرجوع الزيادة فى المالية بزيادة فى العين ، كذا ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى ، والنقصان فى الهبة بفعل الموهوب له أولا بفعله لا يمنع الرجوع .

١١٥٦٢- الحسن بن زياد فى المجرد عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : أنه إذا وهب لرجل ثوبًا ، فصبغه بسواد ، فله أن يرجع فيه ، قال ابن أبى مالك : كان أبو يوسف رحمه الله تعالى أولا يقول فى هذه المسألة بقول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ، ثم رجع ، وقال : ربما أنفق على السواد أكثر مما أنفق على بعض الأصباغ ، فأدى أنه زيادة ، فليس له أن يرجع .

من المشايخ من رجح قول أبى يوسف لما أشار إليه من المعنى ، ومن المشايخ من قال : إن أبا حنيفة رحمه الله تعالى ما قال بانقطاع حق الرجوع فى سواد يزيد فى قيمة الثوب ، وإنما قال

ذلك فى سواد، ينقص قيمة الثوب، ومنهم من قال: فتوى أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فى مطلق السواد؛ لأن السواد آخر الألوان لا يقبل الثوب لونًا آخر بعده، فصار السواد نقصانًا من حيث إنه لا يقبل لونًا آخر.

١١٥٦٣- فى "المنتقى": ذكر هشام عن محمد رحمه الله تعالى: رجل وهب لرجل جارية أعجمية، فعلمها القرآن، والكلام، والكتاب، فللواهب أن يرجع فيها فى قولهم، وكذلك لو علمها عملا آخر، ذكره بعد هذا، يريد بقوله: "فى قولهم" فى قول عامة العلماء رحمهم الله تعالى سوى قوله.

قال: لأنهم يقولون ما أنفق عليها فى ذلك لا يضعه على رأس المال فى بيع المرابحة، يشير إلى أن هذا ليس بزيادة على الحقيقة، إذ لو كان زيادة لكان ما أنفق عليها فى ذلك مضمونًا إلى رأس المال، قال محمد رحمه الله تعالى: وله أن يبيعها عليه مرابحة عندنا، وقد أشار إلى أن هذا زيادة على الحقيقة، فلا يكون للواهب أن يرجع فيها.

١١٥٦٤- ثم ذكر محمد لنفسه أصلا، فقال: كلما زاد صلاحًا فى العين، فليس للواهب أن يرجع فيها، وما كان بغير فعل أحد، أو ملأ سوق[1]، فله أن يرجع فيه، وهذا لأن ما زاد صلاحًا فى العين، فهى زيادة معنوية يتبدل الأعراض بإزاءها، فيصير نظير الصبغ المتصل بالثوب، ولاكذلك ما إذا أراد صلاحًا بغير فعل واحد.

وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى وغيرهما من العلماء يقولون: حق الرجوع حق أثبته الشرع لفوات غرض، وهو العوض، فلا يؤثر فى قطعه إلا زيادة لها غير قائم[2] يتصل يتعذر الفسخ بحكم الرجوع، ويصير المحل لمكان الزيادة فى حكم الهالك.

وذكر بعد هذا الحسن بن زياد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى [أنه لا رجوع، قال ثمه: وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة مثل قول أبى يوسف][3].

ذكر الحاكم: إذا ولدت الجارية الموهوبة ولدًا، فله أن يرجع فيها إذا استغنى الولد عنها.

١١٥٦٥- فى "فتاوى أبى الليث": وهب من آخر كرباسًا، فقصره الموهوب له، فليس للواهب أن يرجع فيه، فرق بين هذا وبين الغسل.

---

(١) وفى "م": أو على سوق.

(٢) لعله عين قائم.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و "م".

١١٥٦٦- وفيه أيضًا : وهب من آخر عبدًا كافرًا ، فأسلم فى يد الموهوب له ، فليس للواهب أن يرجع فيه ؛ لأن الإسلام زيادة فيه ، وعن محمد رحمه الله تعالى له : أن يرجع .

١١٥٦٧- فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى" : رجل وهب لرجل تمرًا ببغداد ، فحمل الموهوب له التمر إلى بلخ ، ليس للواهب أن يرجع فيها ، قال محمد رحمه الله تعالى : نص فى "السير الكبير" أن من وهب لرجل جارية فى دار الحرب ، وأخرجها إلى دار الرسلام ، ليس للواهب أن يرجع فيه ؛ لأنه ازداد زيادة متصلة .

١١٥٦٨- وفى "المنتقى" : عن محمد عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى رجل وهب من آخر ثيابًا هروية ، فحملها إلى العراق ، أو وهب طعامًا فى العراق ، فحمله الموهوب له إلى مكة ، فليس للواهب أن يرجع ، قال : لأنها زيادة . قالوا : وهذا إذا كانت قيمته فى المكان المنقول إليه أكثر ، فأما إذا كان على السواء ، فللواهب أن يرجع .

وفى "البقالى" ذكر فى "الزيادات" فى وضع المسألة : فقال : لو حمل الثياب إلى بلد ، وزاد قيمتها ، فإن كان أنفق فى النقل مالا ، بأن أعطى فى الكراء مالا ، لايرجع على كل حال ، وذكر القاضى الإمام على السعدى رحمه الله تعالى فى "شرح السير" فى أبواب الأنفال : إذا كانت الهبة شيئًا لا حمل له ، ولا مؤنة ، فحمل الموهوب إلى بلد يعز فيها ، ويغلو سعرها ، فلا رجوع فيها ، ولو حمله إلى بلدة لا يعز فيها ، وكان السعر فى البلدتين على السواء ، ثم عز ، وغلا شعره ، فللواهب الرجوع ، كما لو وهب شعره فى بلده ، ولو نقط المصحف ، فأعرب ، فلا رجوع ، وكذا قيل فى تحديد السكين .

١١٥٦٩- وللواهب أن يرجع فى بعض الهبة إن شاء ، وكذلك لو وهب عبدًا لرجلين ، جعله لأحدهما صدقة ، وكذلك لو وهب رجلان لرجل هبة ، وقبضها الموهوب له ، ثم أراد أحدهما أن يرجع فى حقه ، فله ذلك .

١١٥٧٠- وإذا حبلت الجارية الموهوبة ، فإن كان الحمل قد ازداد فيها خيرًا ، فليس له أن يرجع فيها ، وهذا لأن حال النساء مختلف ، منهن من إذا حبلت سمنت ، وحسن لونها ، ومنهن إذا حبلت اصفر لونها ، ورق[١] ساقها ، والزيادة تمنع الرجوع والنقصان لا يمنع ، فينظر فى ذلك .

١١٥٧١- فى "المنتقى" : رجل وهب لرجل رضيعًا ، فشبّ عند الموهوب له ، وكبر وطال ، ثم صار شيخا ، فأراد الواهب أن يرجع فيه [وقيمته الساعة أقل من قيمته حين وهبه ،

---

(١) هكذا فى النسخة "ظ" ، وكان فى الأصل : زوى .

فليس له أن يرجع فيه][1] ؛ لأنه زاد من وجه ، فانتقص من وجه آخر ، وحين زاد سقط حق الرجوع ، فلا يعود بعد ذلك ، ولو كان طويلا يوم وهبه ، وطال عند الموهوب له ، وكان ذلك الطول نقصانًا لا زيادة ، بل كان أسمح له ، وكان ينقص ثمنه ، فهذه الزيادة ليست بزيادة حقيقة ، فلا يمنع الرجوع ، وقد يكون الشيء زيادة صورة ، ونقصانًا معنى ، كالإصبع الزائدة .

١١٥٧٢- وإذا وهب لرجل حديدة ، فضربها سيفًا ، أو وهب دفاتر ، فكتب فيها ، لم يكن له أن يرجع فى ذلك، إما لتبديل العين ، أو لزيادة فى العين .

١١٥٧٣- إذا وهب له أجذاعًا ، فكسرها ، وجعلها حطبًا ، أو وهب له لبنًا ، فجعله طينًا ، فله أن يرجع فيها ، وإن أعادها لبنًا ، لم يرجع فيها.

١١٥٧٤- ولو وهب نحيحًا ، فجعله خلا ، لم يرجع فيه . ولو وهب له سيفًا ، فجعله سكينًا ، أو كسره ، وجعله سيفًا آخر ، لم يرجع فيه . ولو وهب له حمامًا ، فجعله مسكنًا ، أو وهب له بيتًا ، فجعله حمامًا ، فإن كان البناء على حاله ، لم يزد فيه شيئًا ، فله أن يرجع ، وإن كان زاد فيه بناء ، أو غلق عليه بابًا ، أو جصصه ، أو أصلحه ، أو طيّنه ، فليس له أن يرجع فيه؛ لأن هذا كله زيادة فى العين .

١١٥٧٥- ولو وهب شاة ، فذبحها ، فله أن يرجع فيه ، وهذا بلا خلاف ، وكذا لو ضحى بها ، أو ذبحها فى هدى المتعة ، لم يكن له أن يرجع فيها فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ، وقال محمد : يرجع فيها ، ويجزئه الأضحية والمتعة ، ولم ينص على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ، واختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : أنه كقول أبى يوسف ، وقال بعضهم : أنه كقول محمد ، وهو الصحيح .

١١٥٧٦- وهب لرجل هبة ، وقبضها الموهوب له ، ثم وهبها الموهوب لرجل آخر ، ثم رجع فيها الواهب الثانى ، أو رد عليه ، فللواهب الأول أن يرجع فيها ، ولو وصل إلى الواهب الثانى بهبة ، أو صدقة ، أو إرث ، أو وصية ، أو شراء ، أو ما أشبه ذلك ، لم يكن للواهب الأول أن يرجع فيه .

١١٥٧٧- يجب أن يعلم بأن الرجوع فى الهبة على رواية "الجامع" فسخ عند محمد رحمه الله تعالى ، سواء كان [الرجوع] بقضاء أو بغير قضاء ، وكذلك على رواية "الأصل" من رواية أبى حفص ، وعلى رواية "الأصل" من رواية أبى سليمان فسخ إذا كان بقضاء ، فإذا كان بغير قضاء ، فهو عقد جديد ، وعلى قول أبى يوسف : هو فسخ على كل حال ، وقد ذكرنا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

المسألة بتمامها مع ما فيها من اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى فى زكاة "الجامع"، فما ذكر من الجواب فى الفصل الأول فيما إذا كان الرجوع بغير قضاء، فهو يوافق رواية أبى حفص، ورواية "الجامع" على قول محمد بن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى.

١١٥٧٨- ويجوز تصرف الموهوب له فى الهبة ما لم يحكم القاضى بنقضها، فإذا حكم، فلا يجوز تصرفه، وكذلك قول محمد وأبى حنيفة رحمهما الله تعالى.

١١٥٧٩- يجب أن يعلم بأن الرجوع فى الهبة لا يصح إلا بقضاء، أو رضاء، إما لأن الرجوع مختلف فيه بين العلماء رحمهم الله تعالى، فكان فى أصل ثبوته نوع ردها[١]، أو لأن فيه قطع الملك على الموهوب له، وقطع الملك على الإنسان من غير قضاء ولا رضاء لا يجوز، فقبل قضاء القاضى، وقبل رد الموهوب له الهبة على الواهب باختياره تصرف الموهوب له حصل فى ملك نفسه، فيصح، وبعد ما قضى القاضى، أو رد الموهوب له الهبة باختياره، صار الموهوب ملكًا للواهب، فلا يصح تصرف الموهوب له.

١١٥٨٠- وإن مات فى يد الموهوب له قبل أن يقبضه الواهب بعد ما قضى القاضى به، لم يكن للواهب أن يضمنه؛ لأن أصل القبض لم يكن قبض ضمان، فكذا الدوام عليه، إلا أن يكون منعه بعد القضاء، وقد طلب منه الواهب، فحينئذٍ يصير متعينًا[٢]، فيضمن.

ولو لم يرد الهبة بعد الرجوع، ولم يحكم به الحاكم، حتى وهب الموهوب له الهبة من الواهب، وقبضه الواهب، فهو بمنزلة رده، أو رد الحاكم؛ لأن الرد بعد الرجوع مستحق على الموهوب له، فيقع عن جهة المستحق، وإن أوقعه الموقع بجهة أخرى، عرف ذلك فى موضعه.

١١٥٨١- وإذا قضى القاضى بإبطال الرجوع لمانع، ثم زال المانع، عاد الرجوع، بيانه إذا بنى فى الدار الموهوب له، وأبطل القاضى رجوع الواهب بسبب البناء، فهدم الموهوب له البناء، وعادت كما كانت، فله أن يرجع فيها، وهذا بخلاف ما لو اشترى عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فحُم العبد فى مدة الخيار، وخاصم المشترى البائع فى الرد، فأبطل القاضى حقه بسبب الحمى، ثم زال الحمى فى مدة الخيار، ليس له أن يرد.

١١٥٨٢- وهب لامرأة هبة، ثم تزوجها، فله أن يرجع فيها، ولو وهب لامرأته هبة، ثم أبانها، فليس له أن يرجع فيها؛ لأن فى الوجه الأول الهبة انعقدت موجبة للرجوع، وفى [الوجه] الثانى انعقدت غير موجبة للرجوع، والبقاء يكون على نهج الانعقاد.

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان النسخة "ظ": نوع وها أو لأن.

(٢) هكذا فى الأصل، ولعل الصحيح: متعنتًا.

١١٥٨٣- وهب لعبد رجل شيئًا، فالقبول والقبض إلى العبد، وبعد القبول والقبض فالملك للمولى، فبعد ذلك ينظر، إن كان العبد ومولاه كل واحد منهما أجنبيًا عن الواهب، فللواهب حق الرجوع، وإن كان العبد ذا رحم محرم من الواهب، بأن كان أخوه، والمولى أجنبي عن الواهب، فللواهب حق الرجوع، وإن كان العبد أجنبيا من الواهب، ومولاه ذو رحم محرم من الواهب، بأن كان [مولى] العبد أخًا للواهب، فللواهب حق الرجوع فيها عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، خلافًا لهما، وإن كان العبد ومولاه كل واحد منهما ذو رحم محرم من الواهب، فعلى قولهما: ليس للواهب حق الرجوع، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: قال الكرخي قال محمد: قياس قول أبي حنيفة: إن له حق الرجوع، وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: ليس له حق الرجوع.

١١٥٨٤- وإذا كان لرجل على عبد رجل دين، فوهب المولى العبد من رب الدين، وسلم إليه، حتى سقط دينه، ثم رجع المولى في العبد، قال أبو يوسف: يعود الدين، وقال محمد: لا يعود، هكذا ذكر في "الزيادات". وذكر [الحاكم] في "المنتقى" قول أبي يوسف كقول محمد، وحكى عن البلخي أن أبا يوسف استحسن وقول محمد، فقال: أرأيت لو كان الدين لصبي على عبد رجل، وهب مولى العبد العبد من الصبي، وقبله الوصي، وقبضه العبد حتى سقط الدين، ثم رجع الواهب في هبته، لو قلنا: لا يعود الدين ملك الوصي تصرفًا ضارًا بالصبي، وإنه فاحش.

١١٥٨٥- وفي "العيون": صبي له على مملوك وصيه دين، وهب الوصي المملوك من الصبي جاز، وبطل الدين، ولو أراد الوصي أن يرجع في هبته، روى هشام عن محمد رحمه الله تعالى: أنه ليس له ذلك، قال الصدر الشهيد حسام الدين في "واقعاته": هذا الجواب خلاف ظاهر الرواية، قيل: ويجوز أن محمدًا رحمه الله تعالى إنما أبطل حق الرجوع في هذه الصورة دفعًا للضر عن الصبي، فإن من مذهبه أن الدين الساقط بسبب الهبة لا يعود بفسخ الهبة.

١١٥٨٦- المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل وهب لرجل شجرة، فقطعها، وأنفق في قطعها، فله الرجوع؛ لأن القطع نقصان، فإنه ينقطع به حياته[1].

(١) وفي "ف": فإنه ينقطع به حق الثمرة، وفي "م": فإنه ينقطع به حياة الثمر.

الفصل السادس
فى الهبة للصغير

١١٥٨٧- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": كل شىء وهبه لابنه الصغير، وأشهد عليه، وذلك الشىء معلوم فى نفسه، فهو جائز، والقبض منه أن يعلم ما وهبه له، وأشهد عليه، والإشهاد ليس بشرط لازم، فإن الهبة تتم بالإعلام، ولكن ذكر الإشهاد احتياطًا، تحرزًا عن الجحود إذا كبر الولد.

١١٥٨٨- وإذا أرسل غلامه فى حاجته، ثم وهبه لابن صغير له، صحت الهبة؛ لأن العبد بعد الإرسال فى حاجته فى يد المولى حكمًا، فلو لم يرجع العبد حتى مات الوالد، فالعبد للولد، ولا يصير ميراثًا عن الوالد؛ لأن الأب بنفس الهبة صار قابضًا للابن؛ لأن قبض الهبة قبض أمانة، وقبض الإنسان مال نفسه أيضًا قبض أمانة، فينوب ما للأب من القبض عن قبض الهبة.

١١٥٨٩- وكذلك إذا وهب عبدًا آبقًا له من ابنه الصغير، فما دام يتردد فى دار الإسلام جازت الهبة؛ لأنه ما دام مترددًا فى دار الإسلام، فهو فى يد المولى [حكمًا، فيصير قابضًا لابنه بنفس الهبة][1].

١١٥٩٠- وفى "المنتقى": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا تصدق بعبد آبق له على ابنه الصغير لا يجوز، وروى المعلى عنه أنه يجوز، فحصل عنه روايتان.

وإن كان العبد فى يدى رجل رهنًا، أو غصبًا، أو بشراء فاسد، فوهبه صاحب العبد من ابنه الصغير لا يجوز، ولم يجعل الأب قابضًا لابنه الصغير بقبض هؤلاء.

١١٥٩١- ولو كان العبد وديعة فى يدى رجل، فوهبه صاحب العبد من ابنه الصغير، يجوز، وجعل الأب قابضًا لابنه بيد مودعه. والفرق أن يد المودع ما دام مشتغلا بالحفظ يد صاحب الوديعة حكمًا، فباعتبار اليد الحكمى يصير قابضًا لولده، أما يد هؤلاء ليست يد صاحب العبد، فلا يصير الوالد قابضًا عن ولده بيد هؤلاء.

فإن قيل: أليس أن المودع إذا وهب الوديعة من المودع يجوز، ويصير المودع قابضًا بنفس الهبة، ولو كان يد المودع لم يكن قاباضا لنفسه بحكم ذلك اليد؟

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

قلنا : اليد للمودع حقيقة ، ولكن جعل ذلك [اليد] يد المودع حكمًا لكونه عاملا له فى الحفظ ، وذلك قبل التمليك من المودع بالهبة ، فأما بعد ذلك فالمودع عامل لنفسه فى الإمساك ، فيصير قابضًا للهبة بيده لا بيد المودع .

١١٥٩٢- وفى "فتاوى أبى الليث" : رجل وهب لابنه الصغير دارًا ، والدار مشغول بمتاع الواهب ، جاز ؛ لأن الشرط قبض الواهب ههنا ، وكون الدار مشغولة بمتاع الواهب لا يمنع قبض الواهب ، وسيأتى بعد هذا عن أبى حنيفة وأبى يوسف ما يخالف هذا .

وفى "المنتقى" : عن محمد رحمه الله تعالى : رجل وهب دارًا لابنه الصغير ، وفيها ساكن بأجر ، قال : لا يجوز ، ولو كان بغير أجر ، وكان هو فيها ، يعنى الواهب ، فالهبة جائزة ؛ لأن الساكن إذا كان بأجر ، فيده على الموهوب ثابتة بصفة اللزوم ، فيمنع قبض غيره ، فيمنع تمام الهبة ، بخلاف ما إذا كان ساكنًا بغير أجر ، وكون الواهب فى الدار لا يمنع تمام الهبة ؛ لأن الشرط فى هذه الصورة قبض الواهب ، وكون الواهب فيها يقرر قبضه ، ولا ينفيه .

١١٥٩٣- وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى : لا يجوز للرجل أن يهب لامرأته ، ولا أن تهب لزوجها ، أو لأجنبى دارًا وهما فيها ساكنان ، وكذلك الهبة للولد الكبير ؛ لأن الواهب إذا كان فى الدار ، كان يده ثابتة على الدار ، وذلك يمنع تمام يد الموهوب له .

١١٥٩٤- قال : ولو وهبها لابنه الصغير ، وهو ساكن فيها ، جاز ، وقد مرّ هذا .

وعن أبى يوسف برواية ابن سماعة أن هبته لابنه الصغير فى هذه الصورة لاتجوز ، كهبته لابنه الكبير ، وهكذا روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وعنه أيضًا فى رجل تصدق بأرض قد زرعها على ولده الصغير جاز ، وإن كان الزرع لغير الأب ، فأجازه لا يجوز ، لأن يد المستأجر ثابتة على الأرض بصفة اللزوم ، وأنها تمنع القبض للصغير ، بخلاف يد الأب .

١١٥٩٥- الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رحمه الله فى رجل تصدق بداره على ابنه الصغير ، وله فيها متاع ، أو هو ساكنها ، أو كان فيها ساكن بغير أجرة ، جازت الصدقة ، وإن كان فى يد رجل بإجارة ، لم تجز الصدقة . قيل : جوابه فى الصدقة فيما إذا كان فيها ساكن بأجر وبغير أجر يوافق جوابه فى الهبة ، وجوابه فى الصدقة فيما إذا كان هو الساكن أو كان فيها متاعه ، يخالف جوابه فى الهبة ، والمروى عنه فى الهبة إذا كان الواهب فى الدار ، أو كان فيها متاع الواهب أنه لا يجوز ، وكما أن الهبة تفتقر إلى القبض ، فالصدقة تفتقر إلى القبض ، فيكون فى [المسألتين] روايتان عنه .

١١٥٩٦- قال فى "الأصل" : وقبض الأب والجد الهبة على الصغير جائز ، سواء كان

الصغير فى عيالهما، أو لم يكن، وكذلك قبض وصيهما الهبة على الصغير جائز، سواء كان الصغير فى عياله أو لم يكن، فأما غير الأب والجد، نحو الأخ والعم والأم، وسائر القرابات، القياس أن لا يملكون قبض الهبة على الصغير، وإن كان الصغير فى عيالهم، وفى الاستحسان يملكون إذا كان الصغير فى عيالهم، وكذلك وصى هؤلاء، وكذلك الأجنبى الذى يعول اليتيم، وليس لليتيم أحد سواه، جاز له قبض الهبة عليه [استحسانًا، ويستوى فى هذه المسائل التى ذكرنا إذا كان الصبى يعقل القبض أو لا يعقل. وهذا كله إذا كان الأب ميتًا، أو حيًّا لكن غائبًا غيبة منقطعة، أما إذا كان حاضرًا حيًّا، والصبى فى عيال هؤلاء الذين ذكرناه، هل يصح قبض هؤلاء الهبة على الصغير؟ لم يذكر هذا الفصل فى الكتاب هنا، إلا أنه ذكر فى الأجنبى إذا كان يعول اليتيم، وليس لهذا اليتيم أحد سواه، جاز له قبض الهبة عليه][(١)]، وهذا الشرط يقتضى أن لا يصح [قبض هؤلاء إذا كان الأب حاضرًا، وذكر فى الحد أيضًا أنه لا يملك القبض على الصغير إذا كان الأب حيًّا، ولم يفصل بينما إذا كان الصغير فى عياله، أو لم يكن، فظاهر ما أطلقه يقتضى أن لا يصح][(٢)].

١١٥٩٧- وذكر فى الأم إذا وهبت له عبدًا، أو شهدت على ذلك، وأبوه ميت جاز قبضها، وهذا الشرط يقتضى أن لا يصح، وذكر فى الصغيرة التى يجامع مثلها وهى فى عيال الزوج أنه إن قبضت هى، أو الزوج جاز القبض، وهذا الإطلاق يقتضى أن يصح القبض من الزوج حال حضرة الأب. فمن المشايخ من سوى بين الزوج والجد والأم والأخ الذى يعوله، وقالوا: يصح القبض من هؤلاء على الصغير، وإن كان الأب حاضرًا، وما ذكر من الشروط وقع اتفاقا فى الكتب، وإليه ذهب الشيخ الإمام الأجل الزاهد فخر الإسلام على البزدوى، ومنهم من فرق بين الزوج وغيره، وقال: يصح قبض الهبة عليها من الزوج حال حضرة الأب، ولايصح قبض غيره حال حضرة الأب، وإن كان الصغير فى عياله، وإليه ذهب الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى.

وجه ما ذهب إليه فخر الإسلام أن الزوج إنما يملك القبض حال حضرة الأب بسبب العول، والعول موجود فى حق هؤلاء. وجه ما ذهب إليه شمس الأئمة أن قبض الهبة من باب الحفظ، وولاية حفظ مال الصغير للأب، أو لمن أقامه الأب مقام نفسه، والأب أقام الزوج مقام نفسه فى حفظها، وحفظ مالها إذا زفها أما ما أقام غيره مقام نفسه فى ذلك، فلا يثبت

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

للغير هذه الولاية ، بخلاف ما إذا مات الأب ؛ لأن بالموت انقطعت ولايته ، وكذلك بالغيبة المنقطعة ، فجاز أن يثبت الولاية لمن يعوله .

١١٥٩٨- ثم شرط في الصغيرة إذا كانت يجامع مثلها ، فمن أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال : إذا كان لا يجامع مثلها ، لم يجز قبض الزوج عليها ؛ لأنها إذا كانت بهذه الصفة لا تكون نفقتها على الزوج ، فلا يعولها ، والعول شرط ، والصحيح أنه إذا كان يعولها ، وهي يجامع مثلها ، جاز قبضه عليها ، وإنما شرط ذلك لبيان أن العول لا يجب عليه إذا كانت لا تجامع ، فأما إذا عالها مع ذلك جاز قبضه عليها .

والصغيرة إذا لم يبن الزوج بها ، لا يجوز قبض الزوج الهبة لها ، ويجوز قبض [الأب] الهبة عليها .

١١٥٩٩- وإن كان الصغير قد قبض الهبة بنفسه ، جاز قبضه استحسانًا إذا كان يعقل ، وهذا قول علمائنا الثلاثة .

الفصل السابع
فى حكم العوض فى الهبة

١١٦٠٠- رجل وهب لرجل عبداً على أن يعوضه ثوبًا بعينه، فاتفقا على ذلك، فلم يقبض واحداً منهما حتى امتنع أحدهما منه، فله ذلك، وإن تقابضا، جاز بمنزلة البيع، وليس لواحد منهما أن يرجع فيه بعد ذلك.

١١٦٠١- يجب أن يعلم أن الهبة بشرط العوض تنعقد تبرعًا، ويصير معاوضة عند اتصال القبض، وهذا لأن اللفظ لفظ الهبة، والمعنى معنى المعاوضة، فإن شرط العوض من خصائص المعاوضات، ويجب اعتبار اللفظ [كما يجب اعتبار المعنى؛ لأن الألفاظ قوالب المعنى، فاعتبرناه تبرعًا ابتداء عملا باللفظ][1]، وقلنا: لا يفيد الملك قبل القبض، ولا يصح فى المشاع، ويرجع كل واحد منهما عنه، واعتبرناه معاوضة عند اتصال القبض عملا بالمعنى، فقلنا: لا يرجع واحد منهما بعد ذلك، ويجب بالشفعة للشفيع، ولكل واحد منهما أن يرد ما فى يده بعيب يوجد فيه، ولو استحق ما فى يد أحدهما، يرجع على صاحبه بما فى يده إن كان قائمًا، وبقيمته إن كان هالكًا كما هو الحكم فى البيع.

١١٦٠٢- قال فى "الأصل": إذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضًا، وقبضه الواهب، فليس للواهب أن يرجع فى هبته، لحصول مقصوده، وكذا ليس للموهوب له أن يرجع فى عوضه، لحصول مقصوده، وهو تأكد الملك فى الموهوب.

ويشترط أن يضيف الموهوب له العوض إلى الموهوب[2]، فيقول: هذا عوض من من هبتك، أو بدلها، أو مكانها، أو ما أشبهه من الألفاظ [حتى إن الموهوب له إذا وهب للواهب شيئًا، ولم يقل: هذا عوض هبتك، وما أشبهه من الألفاظ][3] لا يصير عوضًا، بل يكون هبة مبتدأة، حتى كان لكل واحد منهما أن يرجع فى هبته، والملك لا يثبت للواهب فى العوض إلا بالقبض بعد القسمة؛ لأن العوض فى معنى هبة مبتدأة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى حاشية النسخة "ظ": إلى الموهوب منه.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١١٦٠٣- والتعويض من الأجنبى صحيح يبطل به حق الرجوع للواهب فى الهبة ؛ لأنه تصرف منه فى ملكه ليسقط به حق الواهب فى الرجوع ، ومثل هذا التصرف يصح من الأجنبى كصلح الأجنبى مع صاحب الدين عن دينه على غيره بمال نفسه .

وإذا صح التعويض من الأجنبى ، لا يكون للواهب حق الرجوع فى هبته ، ولا يكون للمعوض حق الرجوع فى العوض ، ولا فى المعوض عنه ، سواء عوض عنه بأمره ، أو بغير أمره ، وإذا استحقت الهبة ، كان للمعوض أن يرجع فى عوضه إن كان قائمًا ، وإن كان هالكًا ضمنه قيمته ، إلا رواية عن أبى يوسف رحمه الله تعالى ، رواه بشر أن العوض لا يضمن إذا استحق الهبة ، والعوض مستهلك ، وإن استحق العوض ، كان للواهب أن يرجع فى هبته إن كانت قائمة ، وإن كانت هالكة فليس له أن يضمن الموهوب له قيمتها ، وإن استحق نصف الهبة ، فللموهوب له أن يرجع بنصف العوض ، وإن كان العوض قد هلك رجع بنصف قيمته ، فإن قال الموهوب له : أرد ما بقى من الهبة ، وأرجع بجميع العوض[1] ، لم يكن له ذلك .

١١٦٠٤- وإذا استحق بعض العوض من يد الواهب ، فأراد الواهب أن يرجع ببعض الهبة ، ليس له ذلك ، ويكون ما بقى عوضًا عن الكل ، فإن شاء أمسك الباقى من العوض ، ولا شىء له غير ذلك ، وإن شاء رد ما بقى ، ورجع بجميع الهبة .

١١٦٠٥- وإن كانت الهبة ألف درهم ، والعوض درهم منها ، أو كانت الهبة دارًا ، والعوض بيت منها ، لم يكن عوضًا ، وكان للواهب أن يرجع فى الهبة استحسانًا ، وكذلك إن كانت الهبة دراهم وثوبًا ، فعوضه الدراهم عن كل الهبة ، لم يكن عوضًا استحسانًا ، والحاصل أن عقد الهبة إن كان واحدًا ، لا يصير بعض الموهوب عوضًا عن البعض .

١١٦٠٦- وأما إذا وهب له هبتين فى عقدين مختلفين ، فعوضه أحدهما عن الآخر كان عوضًا ، قال فى "الكتاب" : أخذ فيه بالقياس ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : لا يكون عوضًا فى الوجهين ، ذكر قول أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "المنتقى" .

١١٦٠٧- وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لنفسه أصلا : كل هبة من واهب يكون له أن يرجع فيها ، فإنها لا تكون عوضًا عن شىء وهبه معها ، أو قبلها ، أو بعدها ، وإن رضى بها عوضًا ، فإن كانت قد تقررت بزيادة ، كانت هبة ، أو عوضًا لم يكن له أن يرجع فيها ، ولو وهب له حنطة ، وطحن بعضها ، وعوضه دقيقًا من تلك الحنطة كان عوضًا .

---

(١) وفى النسخة "ظ" : بجميع الهبة .

كذلك لو وهب له ثيابًا، وصبغ منها ثوبًا بعصفر، أو خاطه قميصًا، وعوضه إياه، كان عوضًا.

وكذلك لو وهب له سويقًا، فلتّ بعضه، وعوضه عبد مأذون له فى التجارة، وهب لرجل هبة، وعوضه الموهوب له من هبته، فلكل واحد منهما أن يرجع فى الذى له، والهبة باطلة.

وكذلك والد الصغير إذا وهب من مال الصغير شيئًا، وعوّضه الموهوب له؛ لأن هذا تعويض عن هبة باطلة.

وكذلك إذا وهب رجل للصغير هبة، وعوضه الأب من مال الصغير، لم يجز العوض، وللواهب أن يرجع فى هبته؛ لأن الأب ملكه العوض مقابلا بتأكيد ملك الابن فى الهبة، لا مقابلا بأصل الملك، فكان العوض فى جانب الصغير معاوضة من وجه دون وجه، والأب إنما يملك فى مال ابنه ما هو معاوضة من كل وجه، لا ما هو معاوضة من وجه دون وجه، فبطل التعويض، وكان للواهب أن يرجع فى هبته -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

الفصل الثامن
فى حكم الشرط فى الهبة

١١٦٠٨- فى "البقالى": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لغيره: هذا العين لك إن شئت، ودفعه إليه، فقال: شئت، يجوز.

وعن محمد رحمه الله تعالى: فى الثمر إذا طلع، فقال صاحب الثمر لغيره: هو لك إن أدرك، أو قال: إذا كان غداً، فهو جائز، بخلاف دخول الدار.

١١٦٠٩- فى "المنتقى": ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل قال لغيره: وهبت لك هذه الأمة على أن تعوضنى ألف درهم، فدفع إليه الأمة، فوطئها، وولدت، قال: أمره أن يدفع العوض الذى شرط، أو القيمة، وإنما كان كذلك؛ لأن الجارية صارت مملوكة [للموهوب] له بالقبض، والواهب لها رضى بتملكه إياها بعوض مقدر، وتغذر الجبر على أداء العوض، لأن الجبر على أداء العوض] من حكم المعاوضة، والهبة بشرط العوض ينعقد معاوضة فى الحال، فبقيت الجارية فى يد الموهوب له مملوكة بعوض، فلا يمكن الجبر عليه، فشابه المملوكة بملك فاسد، فإن وقع العوض الذى شرط عليه، وإلا قضى عليه بالقيمة.

١١٦١٠- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": سئل أبو نصر رحمه الله تعالى عن رجل قال لآخر: أبرأتك عن الحق الذى عليك على أنى بالخيار [قال: البراءة جائزة، والخيار باطل، ألا ترى أنه لو وهب له شيئًا على أنه بالخيار][1] جازت الهبة، وبطل الخيار، فالبراءة أولى؛ لأن الهبة يحتاج فيها إلى القبول، والبراءة لايحتاج فيها إلى القبول.

١١٦١١- فى "فتاوى [الفقيه] أبى الليث رحمه الله تعالى": امرأة قالت لزوجها: وهبت منك[2] مهرى على أن كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدى، فهذا على وجهين: إما إن لم يقبل، أو قبل، ففى الوجه الأول لا يصح الهبة، وفى الوجه الثانى يصح، فبعد ذلك

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى النسخ التى عندنا: وهبتك.

المسألة على قسمين: إما إن جعل أمرها بيدها، أو لم يجعل، فإن جعل فالهبة ماضية، وإن لم يجعل، فكذلك، ذكرها هنا الشيخ أبو بكر الإسكاف رحمه الله تعالى هكذا، وذكر في آخر "الكتاب": إذا قالت المرأة لزوجها: وهبت مهري منك على أن لا تظلمني، فقبل حتى صحت الهبة، فلو ظلمها بعد ذلك، فالهبة ماضية، ذكره عن الشيخ أبي بكر الإسكاف والشيخ أبي القاسم الصفار رحمه الله تعالى.

١١٦١٢- وفي "المنتقى": امرأة قالت لزوجها: تصدقت عليك بالألف التي عليك على أن لا تتسرى علي، أو قالت: على أن لا تتزوج، فقبل، ثم تزوج أو تسرى [فلا رجوع]- والله أعلم-.

١١٦١٣- وذكر في كتاب النكاح من "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى" أيضًا: إذا قال الرجل لامرأته: أبرئني عن مهرك حتى أهب لك كذا، فأبرأته، ثم أبى الزوج أن يهبها، قال نصير رحمه الله تعالى: يعود المهر كما كان.

وذكر في كتاب الحج: امرأة تركت مهرها على الزوج على أن يحج بها، فلم يحج بها، قال محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى: مهرها عليه على حاله.

فإذًا اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في هذا الفصل، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: والمختار للفتوى ما قال نصير ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى أن المهر يعود؛ لأن الرضا بالهبة كانت بشرط العوض، فإذا انعدم العوض انعدم الرضا، والهبة لا تصح بدون الرضا، وسيأتي ما يؤكد هذا بعد هذا في هذا الموضع أيضًا إن شاء الله تعالى.

١١٦١٤- امرأة قالت لزوجها: إنك تغيب عني كذا، فإن مكثت معي، ولا تغيب، فقد وهبت لك الحائط الذي في مكان كذا، فمكث معها زمانًا، ثم طلقها، فالمسألة على وجوه:
الوجه الأول: إذا كانت عدة منها لا هبة للحال، وفي هذا الوجه لايكون الحائط للزوج؛ لأن العدة لا توجب الملك.

الوجه الثاني: إذا وهبت له، وسلمت إليه، ووعدها أن يمكث معها، وفي هذا الوجه الحائط للزوج [لأن الهبة مطلقة، وإن لم تسلم الحائط إلى الزوج لايكون الحائط له.

الوجه الثالث: إذا وهبت على شرط أن يمكث معها، وسلمت إليه، وقبل الزوج، وفي

هذا الوجه الحائط للزوج][١].

وهكذا ذكر عن الشيخ أبى القاسم رحمه الله تعالى، وعلى قول نصير ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى، وهو المختار، لا يكون الحائط للزوج.

الوجه الرابع: إذا قالت: وهبت لك إن مكثت معى، وفى هذا الوجه لايكون الحائط للزوج؛ لأن الصلح باطل.

١١٦١٥- وفى "فتاوى الفضلى رحمه الله تعالى": امرأة وهبت مهرها للزوج طمعا لقول زوجها: إنه يقطع [لها] ثوبًا كل حول مرتين، فقدرها، وقد انقضى حولان، ولم يفعل، إما إن لم يكن ذلك شرطًا فى الهبة، أو كان، ففى الوجه الأول لا يعود مهرها، وفى الوجه الثانى يعود؛ لأن الهبة حصلت بشرط العوض، ولم يحصل، وكذلك المرأة إذا وهبت مهرها لزوجها على أن يحسن إليها، فلم يحسن، كانت الهبة باطلة؛ لما قلنا.

وهذا يؤيد ما اختاره الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله تعالى من القول فى جنس هذه المسألة فيما تقدم فى هذا الموضع أيضًا.

١١٦١٦- امرأة وهبت لزوجها ضيعة على أن يسكنها، ولا يطلقها، ثم طلقها بعد ذلك، فهذا على وجهين: إما إن شرطت الإمساك، وترك الطلاق وقتًا موقتًا، أو لم تشترط، ففى الوجه الأول إذا طلق قبل مضى الوقت، فالهبة باطلة؛ لأنه ما وفى بالشرط، وفى الوجه الثانى الهبة صحيحة؛ لأنه وفى بالشرط.

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا تزوج امرأة، ونقص عن مهرها على أن لايخرجها من البلدة، فأخرجها، فإنه يبلغ تمام مهرها، والفرق هو: أن بين المسألتين لا فرق من حيث المعنى؛ لأن الشرط فى هذه المسألة عدم الإخراج ما داما على النكاح، ولم يف بهذا الشرط، وفى المسألة الأولى الشرط هو الإمساك ما داما على النكاح، وعدم الطلاق مطلقًا، فإذا أمسك ساعة، ثم طلقها، فقد وفى بذلك الشرط.

١١٦١٧- وفى "الجامع الأصغر": وهبت مهرها من زوجها على أن يطلقها[٢]، وقبل

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى الأصل والنسخة "ظ"، وكان فى النسختين: "ف" و "م": أن لا يطلقها.

الزوج، قال خلف رحمه الله تعال: الهبة صحيحة، والشرط باطل، والهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة.

١١٦١٨- سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عمن منع امرأته عن المصر إلى أبويها، وهى مريضة، فقال لها: إن وهبت لى مهرك بعثتك إلى أبويك، فقالت المرأة: أفعل، ثم قدمّها إلى الشهود، فوهبت بعض مهرها، وأوصت بالبعض على الفقراء، وغير ذلك، وبعد ذلك لم يبعثها إلى أبويها، ومنعها، قال: الهبة باطلة، قال الفقيه رحمه الله تعالى: لأنها بمنزلة المكرهة -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل التاسع
فى اختلاف الواهب والموهوب له
والشهادة فى ذلك

١١٦١٩- عين فى يدى رجل ادعى أن صاحب اليد وهبه له، وسلمه إليه، وجحد صاحب اليد ذلك، فجاء المدعى ببينة شهدت على إقرار الواهب بالهبة والقبض، وكان أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه يقول أولا: لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن هذه شهادة خالفت الدعوى؛ لأن المدعى ادعى معاينة القبض، والشهود شهدوا على إقرار الواهب بذلك، ثم رجع، وقال: تقبل، وهو قول أبى يوسف ومحمد، وعلى هذا الخلاف الرهن والصدقة، ولو كان هذا الاختلاف بين الشاهدين، يمنع قبول الشهادة بلا خلاف، بأن شهد أحد الشاهدين على معاينة القبض، وشهد الآخر على إقرار الواهب بذلك. وجه قول الآخر أن هذه الشهادة قامت على بعض ما تناوله الدعوى؛ لأن الموهوب ادعى معاينة القبض، وما يدعيه المدعى يعتبر ثابتًا فى حق قبول الشهادة بنفس الدعوى، فتضمن دعوى معاينة القبض دعوى إقرار الواهب بالقبض؛ لأن الثابت بالإقرار دون الثابت معاينة، فكانت الشهادة قائمة على قبض ما تناوله الدعوى، بخلاف ما إذا وقع هذا الاختلاف بين الشاهدين؛ لأن معاينة القبض لا تثبت بشهادة شاهد واحد [حتى يثبت ما دونه، وهو إقرار الواهب بالقبض؛ لأن المشهود به لا يثبت بشهادة الشاهد الواحد](١)، فلم يوجد اجتماع الشاهدين لا على معاينة القبض، ولا على إقرار الواهب بالقبض.

١١٦٢٠- ونظيره ما قال أبو حنيفة رحمه الله فى رجل ادعى على آخر ألف درهم، وشهد له شاهدان بخمسمائة، يقبل شهادتهما، وتضمن دعوى الألف دعوى خمسمائة، وبمثله لو شهد أحد الشاهدين بألف، والآخر بألف وخمسمائة، لاتقبل الشهادة، ولو كان العبد فى يد الموهوب له، فشهد الشهود على إقرار الواهب بالقبض، جازت الشهادة على قوله الأول والآخر، وإن كان الواهب أقر بذلك [عند القاضى]، والعبد فى يده، أخذ بإقراره، هكذا ذكر المسألة ههنا، ولم يذكر لأبى حنيفة رحمه الله قول أول وآخر، وذكر فى كتاب الإقرار قوله الأول، قال مشايخنا: ما ذكر ههنا أصح؛ لأن أكثر ما فى الباب أن إقرار الواهب

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

خالف دعوى المدعي؛ لأن المدعى ادعى معاينة القبض، والواهب أقر بالقبض، إلا أن الإقرار لايبطل بمخالفة دعوى المدعى، فإن من ادعى على إنسان ألف درهم، وأقر له المدعى عليه بمائة دينار، صح إقراره.

١١٦٢١- إذا استودع [رجل] رجلا وديعة، ثم وهبها له، و[جحد وشهد] عليه بذلك شاهدان، ولم يشهدا بالقبض، فهذا جائز؛ لأن الهبة تثبت بالشهادة، وكون الموهوب فى يد الموهوب له ثبت بتصادقهما، وهذا كافى لتمام الهبة؛ لأن قبض الوديعة ينوب عن قبض الهبة، فإذا جحد الواهب أن يكون فى يده يومئذٍ للمدعى، و[قد] شهد الشهود على الهبة، ولم يشهدوا على معاينة القبض، ولا على إقرار الواهب بالقبض، والهبة فى يد الموهوب له يوم خاصم إلى القاضى، فإنه يجوز إذا كان الواهب حيّا، وإن كان ميتًا فشهادتهما باطلة.

١١٦٢٢- رجل وهب لرجل عبدًا، وقبضه الموهوب له. ثم جاء رجل، وأقام بينة أنه كان اشتراه من الواهب قبل القبض والهبة، بطلت الهبة؛ لأن الشراء يوجب الملك بنفسه، فتبين أنه وهب وسلم ما لا يملكه، وإن لم يشهدوا على الشراء قبل الهبة، إنما شهدوا على الشراء لاغير، فهو للموهوب له، ، وكذلك إن أرخ شهود الشرى شهرًا أو سنة، فإن كان العبد فى يدى الواهب، فأقام الموهوب له البينة أنه وهبه له، وقبضه قبل الشراء، وأقام المشترى البينة أنه اشتراه قبل الهبة، وقبضه منه، فالعبد لصاحب الشراء][1].

١١٦٢٣- رجل وهب لرجل متاعًا، ثم قال له: إنما كنت استودعتك، فالقول قول صاحب المتاع مع يمينه، فإذا حلف، أخذ المتاع، وإن وجده هالكًا، فإن كان هلك بعد ما ادّعى المستودع الهبة، فالمستودع ضامن القيمة؛ لأن التمليك بالهبة لم يثبت بقوله.

فبعد ذلك إن كان المتاع وديعة فى يده، فجحود الوديعة سبب للضمان، وإن لم يكن وديعة فى يده، فأخذ مال الغير على وجه التملك سبب للضمان إلا أن يتسبب التملك من صاحبه ولم يثبت، وإن كان الهلاك قبل دعوى الهبة، فلا ضمان.

١١٦٢٤- فى "المنتقى": بشر عن أبى يوسف: اتفق الواهب والموهوب له أن الهبة كانت بشرط العِوض، ولكن اختلفا فى مقدار العوض، فقال الواهب: العوض ألف درهم، وقال الموهوب له: خمسمائة، والعوض لم يقبض بعدُ، والموهوب قائم بعينه، فللواهب الخيار إن شاء قبض خمسمائة، وإن شاء رجع فى الهبة، وإن كان الموهوب مستهلكًا، يرجع بقيمته إن شاء.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وهذا بناء على أن الهبة من الأجانب موجبة الرجوع، والعوض والرضى به من جهة الواهب قاطع حق الرجوع، فإن شاء رضى بالعوض الذى عيّنه الموهوب له، وترك حقه فى الرجوع، وإن شاء لم يرضَ به، ومال إلى الرجوع.

وإن كان الموهوب مستهلكًا، رجع بقيمته؛ لأن الرضا بالقبض كان بشرط العوض المقدور لم يسلم له ذلك، فبقى قبضه قبض ضمان، فيرجع بقيمته لهذا.

١١٦٢٥- وإن اختلفا فى أصل العوض، فقال الموهوب له للواهب: ما شرطت لك العوض أصلا، فالقول قوله؛ لأنه ينكر شرطا زائدًا يستغنى عنه تمام الهبة، ويكون للواهب الرجوع إذا كان الموهوب قائمًا، وإن كان مستهلكًا، فلا شىء على الموهوب له؛ لأن العوض لم يثبت؛ لما جعلنا القول فيه قول الموهوب له.

١١٦٢٦- والحكم فى الهبة الخالية عن شرط العوض أن الموهوب ما دام قائمًا، فللواهب الرجوع، فإذا هلك، فلا ضمان، ولكن يحلف الموهوب له ههنا على دعوى الواهب بالله ما شرط العوض يريد به إذا كان الموهوب مستهلكًا؛ لإن الواهب يدّعى القيمة فى هذه الصورة، فيحلف عليه.

١١٦٢٧- فى "الأصل": وإذا أراد الواهب الرجوع فى الهبة، فقال الموهوب له: أنا أخوك، أو قال: عوضتك، أو إنما تصدقت به علىّ، وكذبه الواهب، فالقول قول الواهب.

وكذلك إذا كانت الهبة خادما، فقال: وهبتها لى وهى صغيرة فكبرت عندى، وازدادت خيرًا، وكذبه الواهب، فالقول قول الواهب، وهذا استحسان، والقياس أن يكون قول الموهوب له.

١١٦٢٨- ولو كان الموهوب أرضًا، وفيها بناء، أو شجرًا، أو سويقًا وهو ملتوت، أو ثوبًا وهو مصبوغ، أو مخيط، فقال الموهوب له: وهبتها لى وهى صحراء، فبنيت فيها وغرست، وهبته لى وهو غير ملتوت، وغير مخيط، وغير مصبوغ، فلتته أنا أو صبغته، أو خطته أنا، وقال الواهب: لا، بل وهبته كذلك، فالقول قول الموهوب له، وكذلك إذا اختلفا فى بناء الدار، وحلية السيف.

١١٦٢٩- فى "المنتقى": إذا أراد الواهب الرجوع فى الهبة، وادّعى الموهوب له أنها هلكت، فالقول قول الموهوب له، ولا يمين عليه، فإن عيّن الواهب شيئًا، وقال: هذا هو الهبة، حلف الموهوب له عليه.

١١٦٣٠- فى "المنتقى": ابن سماعة عن محمد: فى رجل وهب جاريته من رجل،

وقبضها الموهوب له وأولدها[١]، ثم أقام الواهب بينة، أنه كان دبّرها قبل أن يهبها، قال: يأخذها ويأخذ عقرها، وقيمة أولادها.

أما يأخذها؛ لأنه تبين أنه وهبها وهى مدبّرة، والمدبرة لا تقبل النقل، ويأخذ عقرها؛ لأنه تبين أن الموهوب له وطء ملك الغير، وتعذر إيجاب الحد لصورة الهبة، فيجب العقر، وأن يأخذ قيمة الولد؛ لأن الموهوب له صار مغرورا؛ لأنه استولدها بناء على أنها ملكه، وولد المغرور حر، فالمغرور بحكم الهبة يساوى المغرور بحكم الشراء فى حق هذا الحكم، وهو حرية الولد بالقيمة، ويفارقه فى حق الرجوع بقيمة الولد على الغار.

وإنما كان كذلك؛ لأن حرية الولد المغرور بالقيمة؛ لأن المغرور لم يرضَ برق ماءه، وفى حق هذا المعنى لا فرق بينما إذا كان المغرور فى عقد الهبة، أو فى عقد البيع.

أما الرجوع على الغار فى فصل الشراء؛ لأن البائع ضمن له السلامة؛ لأن عقد المعاوضة يقتضى السلامة، هذا المعنى لا يتأتى فى فصل الهبة؛ لأن عقد الهبة لا يقتضى السلامة؛ لأنه عقد تبرع.

١١٦٣١- وكذلك لو مات الواهب، فأقامت الأمة بينة، أن الواهب قد كان دبّرها قبل أن يهبها من هذا الرجل، كان الجواب كما قلنا.

١١٦٣٢- فى "البقالى": ويجوز الرجوع فيما وهب للعبد بغيبة المولى إن كان مأذونًا له، ويصدق الواهب أنه مأذون، ولا تقبل بينة العبد على أنه محجور إلا أن يكون على إقرار الواهب، ويحلف الواهب عند عدم البينة على العلم. ولو غاب العبد، والهبة فى يده، فلاخصومة مع المولى، وإن كانت فى يده، فهو الخصم إذا صدقه، أو قامت عليه البينة -والله أعلم-.

---

(١) هكذا فى النسخة "ظ"، وكان فى الأصل والنسختين: "ف" و"م": أولادها.

الفصل العاشر
فى هبة المريض

١١٦٣٣- قال فى "الأصل": لا تجوز هبة المريض، ولاصدقته إلا مقبوضة، فإذا قبضت جازت من الثلث، وإن مات الواهب قبل التسليم بطلت.

١١٦٣٤- يجب أن يعلم بأن هبة المريض هبة عقداً، وليست بوصية، واعتبارها من الثلث ما كانت وصية، ولكن لأن حق الورثة يتعلق بمال المريض، وقد تبرع بالهبة، فيلزم تبرعه بمقدار ما جعل الشرع له، وهو الثلث، فإذا كان هذا التصرف هبة عقداً شرط له سائر شرائط الهبة، ومن جملة شرائطها قبض الموهوب له قبل موت الواهب.

١١٦٣٥- مريض وهب داره من رجل، وسلمها إليه، ثم مات، ولا مال له غير الدار، ولم تجز الورثة الهبة، ونقصت فى الثلثين، لم تبطل الهبة فى الثلث الباقى، وبهذه المسألة تبين أن ملك الورثة واستحقاقهم يثبت بسبب مقصور على حالة الموت، ولا يستند إلى أول المرض، إذ لو استند لتبين أن الهبة وجدت، وثلثا الدار ملك الورثة، فصار المريض واهبا ثلث الدار شائعًا [وهبة ثلث الدار شائعًا] لا يجوز.

١١٦٣٦- وذكر محمد بن موسى الخوارزمى صاحب كتاب الجبر والمقابلة فى كتابه: أن المريض إذا وهب جاريته من رجل، وسلمها إلى الموهوب له [فوطئها الموهوب له] ثم مات الواهب، ولا مال له غير الجارية، ولم تجز الورثة الهبة، ونقصت فى الثلثين، كان على الموهوب له ثلث عقر الجارية للورثة، وهذا يشير إلى أن حق الورثة يستند، ولا يقتصر على حالة الموت، ذكر جواب المسألة على هذا الوجه، ولم يسنده إلى أصحابنا، إن كان ما ذكر هو صحيحًا، لبطلت الهبة فى الثلث الباقى فى مسألتنا، لكنه لا يكاد يصح؛ لأنه مخالف لجواب سائر كتب أصحابنا رحمهم الله تعالى أن حق الورثة وملكهم لا يستند، بل يقتصر، وإن العقر لا يجب.

١١٦٣٧- قال فى "الجامع الصغير": مريض وهب عبداً قيمته ثلاثمائة درهم من رجل صحيح على أن يعوضه الموهوب له عبداً يساوى مائة درهم، وتقابضا، ثم مات المريض من ذلك المرض، ولا مال له غير العبد، وأبى الورثة أن يجيزوا ما صنع الواهب، كان للموهوب له الخيار، إن شاء نقض الهبة، ورد الموهوب كله، وأخذ العوض، وإن شاء رد ثلثى العبد

الموهوب على الورثة، وسلم ثلثًا له، ولم يأخذ من العوض شيئًا، فإن قال الموهوب له: أزيد في العوض بقدر الزيادة من المحاباة على الثلث، لم يكن له ذلك.

١١٦٣٨- ولو كان المريض وهب كر تمر فارسي يساوي ثلاثمائة، على أن يعوضه كر تمر يساوي مائة، وتقابضا، ثم مات المريض، ولا مال له سوى ذلك، فللموهوب له الخيار، إن شاء نقض الهبة، ورد الكر الموهوب، وأخذ كره، وإن شاء أخذ نصف الكر الموهوب، ورد نصفه، واسترد نصف الكر الذي هو عوض.

١١٦٣٩- في "المنتقى": رجل وهب عبده من مريض، ورجع فيه بغير حكم، ورده إليه المريض، قال: يجوز من الثلث، ولو رجع فيه بقضاء، فأدى جاز، ولا شيء لورثة الموهوب له فيه، قد ذكرنا أن الرجوع في الهبة بقضاء فسخ من وجه، وذكرنا اختلاف الروايات في الرجوع بغير قضاء عن محمد رحمه الله تعالى، فما ذكر من الجواب في هذه المسألة يوافق رواية أبي سليمان، فإنه اعتبر الرجوع بغير قضاء عقدًا جديدًا في حق الورثة.

١١٦٤٠- وفيه أيضًا: مريض وهب جارية لمريض، فردها الموهوب له على الواهب بهبة منه، فهو جائز بمنزلة ارتجاعه منه هبة، وليس لورثة الموهوب له أن يرجعوا في شيء مما وهب، فقد اعتبر الرجوع في هذه المسألة فسخامن [كل] وجه، وأنه يوافق رواية أبي حفص عن محمد رحمه الله تعالى.

وفيه أيضًا: مريض وهب عبده لرجل وعليه دين يحيط بقيمته، ولا مال له غير هذا العبد، فأعتقه الموهوب له قبل موت الواهب، جاز، ولو أعتقه بعد موته لايجوز؛ لأن بالموت تبين أن هذا المرض[1] مرض الموت، ولهذا الإعتاق حكم الوصية، والوصية لا تعمل حال قيام الدين.

١١٦٤١- فيه أيضًا: ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل وهب عبدًا له في المرض، ولا مال له غيره، فأعتقه الموهوب له قبل موت الواهب، وهو معسر، نفذ عتقه، وإذا مات الواهب بعد ذلك، فلا سعاية على العبد.

في "فتاوى أبي الليث": مريض وهب لرجل جارية، فوطئها الموهوب له، ثم مات الواهب، وعليه دين مستغرق، يرد الهبة، ويجب على الموهوب له العقر، قال الصدر الشهيد: هو المختار، وقال: لأن الجارية ههنا مضمونة على الموهوب له بالقيمة، فجاز أن يكون المستوفى بالوطء مضمونًا.

---

(١) وفي النسختين: "ف" و "م": أن هذا المريض مرض الموت.

١١٦٤٢ - أيضًا في "الأصل" : مريض وهب لمريض عبدًا، وسلمه إليه، فأعتقه، وليس لواحد منهما مال غيره، ثم مات الواهب، والموهوب له، فإن العبد يسعى في ثلثي قيمته [لورثة الواهب] ويسعى في ثلثي الباقي لورثة الموهوب له؛ لأن عتق الموهوب له في مرض الموت بمنزلة الوصية، والوصية مؤخرة عن الدين، و ثلثا قيمته دين لورثة الواهب على الموهوب له، فإنه أتلف عليهم حقهم في ثلثي العبد بالإعتاق، فعلى العبد أن يسعى في ثلثي ذلك لهم، فإنما بقي مال الموهوب له ثلث رقبة العبد، فيسلم للعبد بطريق الوصية ثلث هذا الثلث، ويسعى في ثلثي هذا الثلث، فصار العبد على تسعة أسهم، للعبد منه سهم، وسعى في ثمانية أسهمه.

الفصل الحادى عشر
فى المتفرقات

١١٦٤٣- وذكر فى "العيون": إذا قال لغيره: وهبت لك هذه الغرارة الحنطة، أو هذا زق السمن، دخل تحت الهبة، الحنطة والسمن، دون الغرارة والزق.

وبمثله لو قال: وهبت لك غرارة الحنطة، وزق السمن دخل تحت الهبة الغرارة والزق دون الحنطة والسمن.

١١٦٤٤- فى "المنتقى": قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: إذا قال الرجل لغيره: جعلت لك هذه الدار عمرى، أو قال: عمرك، أو قال: حياتى، أو قال: حياتك، فإذا مت فهو رد على، قال: هذه هبة جائزة، وهذا الشرط باطل، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وروى عن رسول الله ﷺ أنه أجاز العمرى، وأبطل شرط العمر.

١١٦٤٥- فى "مجموع النوازل": رجل وهب لرجل شيئًا، وقبضه الموهوب له، ثم أجلسه منه الواهب، واستهلكه، غرم قيمته للموهوب له؛ لأن الهبة على ملك الموهوب له ما لم يرجع الواهب، وقضى القاضى بالرجوع، أو برد الموهوب له الهبة على الواهب باختياره، ولم يوجد شيء من ذلك.

١١٦٤٦- ولو وهب لرجل شاة، وقبضها الموهوب له، ثم ذبحها الواهب بغير أمره، أو وهب له ثوبًا، ثم قطعه الواهب بغير أمره، ففى الشاة يأخذ الموهوب له الشاة المذبوحة، ولا يغرم الواهب له شيئًا، وفى الثوب يأخذ الموهوب له الثوب، ويغرم الواهب له مابين القطع والصحة.

وسئل عن الفرق فقال: لأنه يكره لحم بلحم وزيادة وفى الثوب لا بأس به.

١١٦٤٧- فى "فتاوى أبى الليث": إذا قال لغيره على وجه المزاح: هب لى هذا الشيء، فقال: وهبت، وقال الآخر: قبلت، وسلم إليه، جاز؛ لأن هذه هبة تامة مستجمعة لشرائطها.

فى "مجموع النوازل": رجل له على رجل ألف درهم وضح وألف درهم غلة، فقال: وهبت منك إحدى هذين الألفين [يجوز] والبيان إليه.

قال فى "الأصل": الوكيل فى باب الهبة فى معنى الرسول، حتى يجعل العاقد هو

الموكل دون الوكيل .

١١٦٤٨- وفى "البقالى" : التوكيل بالهبة توكيل بالتسليم، وللوكيل بالتسليم أن يوكل غيره، بخلاف الوكيل بالقبض .

١١٦٤٩- وفيه أيضًا : إذا وكل الواهب رجلا بالتسليم، وغاب، ووكل الموهوب له رجلا، وغاب، جاز، فإن امتنع وكيل الواهب عن التسليم، خاصمه وكيل الموهوب له .

١١٦٥٠- فى "فتاوى النسفى" : سئل نجم الدين عن امرأة أعطت زوجها مالا لسؤاله ليتوسع بالصرف فيه بالمعيشة، فظفر بالزوج بعض غرماء الزوج، واستولى على ذلك المال، هل للمرأة أن تأخذ ذلك من ذلك الغريم؟ قال : إن كانت وهبته من الزوج، وأقرضه منه، فلا ؛ لأنه ملك الزوج، وإن كانت أعطته ليتصرف على ملكها، فلها ذلك ؛ لأنه مالكها[١] .

١١٦٥١- وسئل أيضًا عن رجل له ثلاثة بنين كبار، وكان دفع واحدًا منهم فى صحته مالا ليتصرف فيه، ففضل وكثر ذلك، فمات الأب، أيختص به هذا الابن، ويكون ميراثًا عنه بينهم؟ قال : إن أعطاه هبة، فالكل له، وإن دفع إليه ليعمل فيه الابن، فهو ميراث .

١١٦٥٢- فى "الحاوى" : قال محمد رحمه الله تعالى فى "السير الكبير" : رجل قال لقوم : إنى وهبت جاريتى هذه لأحدكم، فليأخذها من شاء، فأخذها واحد منهم، كانت له .

١١٦٥٣- وفيه أيضًا : قال رجل : أذنت للناس فى ثمر نخلتى، فمن أخذ شيئًا فهو له، فبلغ الناس، فأخذوا منهم[٢] كان لهم .

١١٦٥٤- وفى "فتاوى أبى الليث" : سئل الفقيه أبو بكر عن المرأة أرادت أن تهب مهرها من زوجها، ولا يبرأ زوجها عن ذلك ما ذا تصنع؟ قال : تصالح عن مهرها مع رجل على لؤلؤة، أو على شيء آخر من زوجها، ولا تنظر إلى ذلك الشيء، فإذا فعلت ذلك، برئ زوجها، ثم تهب مهرها من الزوج، ثم ينظر إلى اللؤلؤة، فيردها بخيار الرؤية، فيعود المهر على حاله .

١١٦٥٥- سئل هو أيضًا عن امرأة وهبت مهرها الذى لها على زوجها لابن صغير له، وقبل الأب، قال : أنا فى هذه المسألة واقف، إذ يحتمل الجواز، كمن كان عبده عند رجل وديعة، فأبق العبد، ووهبه مولاه من أب المودع، فإنه يجوز .

وسئل مرة أخرى عن هذه المسألة، فقال : لا يجوز لأنها هبة غير مقبوضة ؛ لأنها فى

---

(١) هكذا فى نسخة . . . ولعل الصحيح : ملكها .

(٢) هكذا فى النسخة المصحّحة، وكان فى الأصل : منه وهو الصحيح .

حكم المستهلكة، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى، وبه نأخذ.

١١٦٥٦- فى "العيون": رجل دفع ثوبين إلى رجل، وقال: أيهما شئت فهو لك، والآخر لابنك فلان، هذا على وجهين: إما إن بين الذى له قبل أن يفترقا عن المجلس، أو لم يبين، ففى الوجه الأول جاز؛ لأن ارتفاع الجهالة فى آخر المجلس كارتفاعها فى أول المجلس، وفى الوجه الثانى لا يجوز؛ لأن الجهالة لم ترتفع، وعلى هذا لو وهب من آخر غلامًا على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام، إن اختار الهبة قبل أن يفترقا جازت الهبة، وإن لم يختر حتى تفرقا لم يجز.

١١٦٥٧- فى "فتاوى سمرقند": رجل أقر أنه وهب من فلان عبدًا، كان هذا إقرارًا بهبة صحيحة؛ لأن الصحة أصل، ويكون إقرارًا بقبض الموهوب له؛ لأن قبض الموهوب له بمنزلة الركن، والإقرار بالعقد إقرار بالركن.

١١٦٥٨- وذكر فى "العيون": أن من قال لآخر: وهبت لى ألف درهم، ثم قال بعد ما سكت: لم أقبضها، فالقول قوله؛ لأن الهبة هبة بدون القبض، والإقرار بالهبة لا يكون إقرارًا بالقبض، وهذا الذى ذكر فى "العيون" [أشبه بالفقه] وأقرب إلى ما ذكر فى أيمان "الجامع".

١١٦٥٩- فى "فتاوى سمرقنديان": عبد بين رجلين، وهب أحدهما شيئًا لهذا العبد، فهذا على وجهين: إن كان الموهوب شيئًا يحتمل القسمة [لا يصح الهبة أصلا، لما لم يصح فى نصيب الواهب، حصل فى نصيب غير الواهب مشاع يحتمل القسمة][1].

وفى الوجه الثانى يصح فى نصيب صاحبه؛ لأنه حصل مشاعًا لا يحتمل القسمة.

اشترى من آخر دارًا، أو وهبها من غيره، لم يجز فى قول أبى يوسف، وعند محمد: يجوز، فرق محمد بين الهبة وبين الإجارة والبيع.

فى "القدورى" فى كتاب البيوع فى "الأصل" إذا وهب جاريتين، فولدت إحداهما، فعوضه الولد عنهما، لم يكن له أن يرجع فى واحدة منهما؛ لأنه عوض ملك نفسه، ولم يرد عليه الهبة أصلا.

وفيه وهب لمكاتب هبة، ثم أراد أن يرجع فيها، فله ذلك.

وفيه نوع إشكال؛ لأن المكاتب فقير، والهبة من الفقير صدقة لارجوع فيه، والجواب أن المكاتب فقير ملكًا، أما غنى يدًا، والهبة لا ينفك عن قصد العوض المالى، إما بمنافعه، أو كسبه، كالهبة من العبد، فإذا لم يحصل له العوض، كان له الرجوع، فإن عجز المكاتب، أو

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسختين: "ف" و"م".

عتق، فله أن يرجع فيها، إذا عتق، ولا يرجع فيها إلا إذا عجز، وهذا قول محمد رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف له أن يرجع فى الوجهين جميعًا.

١١٦٦٠- قال فى "الأصل" أيضًا: أعتق ما فى بطن جاريته، ثم وهب الجارية من رجل، وسلمها إليه، جازت الهبة فى الأم، ولو باعها لم يجز، قال فى الكتاب: ألا ترى لو باع جارية حاملة، واستثنى ما فى بطنها، لم يجز البيع، ولو وهبها، واستثنى ما فى بطنها، جازت الهبة فى الأمة والولد، وجه الاستشهاد أن الولد فى مسألتنا صار مستثنى عن البيع والهبة شرعًا، فيعتبر بما كان مستثنى، واستثناء الولد شرطًا يبطل البيع، ولا يبطل الهبة، فكذا استثناءه شرعًا.

١١٦٦١- إذا أودع الرجل رجلا شيئًا من الأشياء، ثم لقيه، فوهبه له، وليس الشىء بحضرتهما، فالهبة جائزة، إذا قال الموهوب له: قبلت، ولا يحتاج فيه إلى قبض جديد، وكذلك هذا فى العارية والإجارة، فقد اعتبر قبض الوديعة نائبًا عن قبض الهبة، ولم يعتبره نائبًا عن قبض المشترى، والأصل فيه أن القبضين إذا تجانسا، ينوب أحدهما عن الآخر، وإذا اختلفا ناب الأعلى عن الأدنى، ولا ينوب الأدنى عن الأعلى، قلنا: وقبض الوديعة مع قبض الهبة تجانسا، أن كل واحد منهما قبض أمانة، أما قبض الوديعة مع قبض الشراء تغايراً؛ لأن أحدهما قبض أمانة، والآخر قبض ضمان، وقبض العارية والإجارة كل واحد منهما قبض أمانة -انتهى-.

الفصل الثاني عشر
في الصدقة

١١٦٦٢- قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل" : والصدقة بمنزلة الهبة في المشاع وغير المشاع في حاجتها إلى القبض ؛ لأنها تبرع كالهبة ، قال : إلا أنه لارجوع في الصدقة إذا تمت ، فقد نفى الرجوع في الصدقة مطلقًا من غير فصل بين ما إذا كان المتصدق عليه غنيًا أو فقيرًا .

واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه منهم من قال : ما ذكر من الجواب محمول على ما إذا كان المتصدق عليه فقيرًا ، أما إذا كان غنيًا ، فللمتصدق حق الرجوع ؛ لأن الصدقة على الغني هبة ، كما أن الهبة من الفقير صدقة ، ومنهم من سوى بين الفقير والغني ، وظاهر الإطلاق في الكتاب يدل عليه ، وذكر في "المنتقى" أنه لا رجوع في الصدقة ، سواء كانت الصدقة على فقير أو غني ، قال ثمّه : والقياس في الصدقة على الغني الرجوع استحسانًا ، وقلنا بأنه لارجوع ؛ لأن التنصيص على الصدقة دليل على أن غرضه الثواب ، قال عليه الصلاة والسلام : «الصدقة ما يبتغى به وجه الله تعالى»[1] ، والصدقة على الغني قد تكون سببًا للثواب ، بأن كان له نصاب وعياله لا يكفيه ، فيكون في الصدقة عليه ثوابًا ، أما إذا وهب للفقير شيئًا ، فلا رجوع فيه استحسانًا ، ذكر المسألة في "الأصل" مطلقًا ، وذكر في بعضها إذا وهبها منه ، وهو محتاج على وجه الصدقة ، وذكر في بعضها إذا وهبها من الفقير ، وهو عالم بحاله .

١١٦٦٣- قال في "الأصل" : وكذا إذا أعطى سائلا ، أو محتاجًا على وجه الحاجة ، ولم ينص على الصدقة ، فلا رجوع فيه استحسانًا .

١١٦٦٤- في "المنتقى" : إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : رجل تصدق بصدقة على رجل ، وسلمها إليه ، ثم استقاله الصدقة ، فأقاله لم يجز حتى يقبض ؛ لأنها هبة مستقلة ، وكذلك الهبة إذا كانت لذي رحم محرم ، وقال : كل شيء لا يفسخه القاضي إذا اختصما إليه ، فأقاله الموهوب له ، فهو مال للواهب وإن لم يقبض ، ويجب أن يعلم بأن الصدقة لا تقبل الإقالة والفسخ ، فيجعل إقالة الصدقة تمليكًا مبتدأ ، وهبة مبتدأة ؛ لأن في الإقالة معنى

---

(١) أخرجه الطيالسي في "مسنده" (١٣٣٦) ، وذكره ابن حزم في "المحلى" (٩/ ١٣٠) ، والحسيني في "البيان والتعريف" (١/ ٢٠٧) ، والمزي في "تهذيب الكمال" (١٨/ ٤٠٠) ، والمناوي في "فيض القدير" (٢/ ٣٦٣) .

التمليك، فيجعل إقالة الصدقة مجازًا عن معناها، وهو التمليك المبتدأ عند تعذر العمل بالحقيقة، والهبة ابتداء لا يعمل قبل القبض، وكذلك الوجه فى كل هبة لا يفسخها القاضى إذا اختصما فيها إليه، فالعمل بحقيقة الإقالة ممكن، فعملنا بحقيقتها، وفى الإقالة لا حاجة إلى القبض، كما فى باب البيع، فتعود العين إلى ملك الواهب بنفس الإقالة من غير أن يحتاج فيه إلى القبض.

١١٦٦٥- وفيه أيضًا: إذا تصدق بداره على امرأته، وعلى ما فى بطنها، وهى حاملة، لم يجز شيء من الصدقة، قال: وليس ما فى بطنها بمنزلة الريح، والحائط، والميت، ومن لا يملك بوجه من الوجوه، لتكون الضيعة كلها للمرأة، وكذلك لو قال لها: تصدقت عليك، وعلى [غلامى، أو قال عليك] وعلى نفسى بهذه الدار لم يجز، وكذلك لو قال: تصدقت عليك، وعلى الرجل الذى فى هذا البيت، ففتح الباب، فإذا ليس فيه أحد، إنما هذا بمنزلة رجل قال: تصدقت بهذه الدار على بنى الصغار الثلاثة، وهو يرى أنهم أحياء، وكان بعضهم مبيتًا يوم قال هذا القول، وهو لا يعلم، فالصدقة باطلة، ولو قال هذا وهو يعلم بموت الميت منهم، جازت الصدقة كلها للحى منهم، أشار إلى أن الإيجاب إذا وقع لمن يملك ولمن لا يملك بوجه من الوجوه، كان الإيجاب بكماله لمن يملك، وعند ذلك لا يتمكن الشيوع [أصلا، فيجوز الإيجاب، وإذا وقع الإيجاب بشخصين كل واحد منهما ممن يملك بوجه من الوجوه، فالإيجاب يكون لهما، وعند ذلك يتمكن الشيوع][1] من أحد الجانبين، فيمتنع جواز الإيجاب على قول من يرى الشيوع من أحد الجانبين.

١١٦٦٦- إذا تصدق على رجل بصدقة، وسلمها إليه، ثم مات المتصدق عليه، والمتصدق وارثه، فورث تلك الصدقة، فلا بأس عليه فيها، كذا ذكر فى هبة "الأصل".

١١٦٦٧- وفيها أيضًا إذا قال: جعلت غلة دارى هذه صدقة فى المساكين: لو قال دارى هذه صدقة فى المساكين فما دام حيًا، يؤمر بالتصدق، فإذا مات قبل تنفيذ الصدقة، فالدار والغلة ميراث عنه؛ لأن هذا منه نذر بالتصدق عرفًا، ولو نذر بالتصدق صريحًا، كان الجواب كما قلنا، فههنا كذلك.

١١٦٦٨- وفيها أيضًا: إذا قال جميع مالى صدقة فى المساكين، فهذا على الأموال التى يجب فيها الزكاة، وما لا زكاة فيه لا يدخل استحسانًا، وكذلك إذا قال: جميع ما أملك، عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، وعند بعضهم يدخل جميع ما يملك قياسًا واستحسانًا.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و "ف".

١١٦٦٩- فى "الحاوى" : إذا قال : لله تعالى على أن أتصدق بهذا الدرهم، فتصدق بغيره، أجزأه، وإن لم يتصدق حتى هلك فى يده، فلا شىء عليه.

١١٦٧٠- وفى "الفتاوى" : قال الفقيه أبو بكر رحمه الله تعالى : إذا كان الرجل محتاجًا، فالإنفاق على نفسه أفضل من الصدقة، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : إذا كان يعلم أنه لو أنفق يصبر على الشدة، فالإنفاق على غيره أفضل، وفيه أيضًا لا بأس بالتصدق على المتكدين الذين يسألون الناس إلحافًا ويأكلون، ما لم يظهر للمتصدق، وأن ما يتصدق عليه، ينفق فى المعصية.

وعن الحسن البصرى رحمه الله تعالى فيمن يخرج كسرة إلى مسكين، ولم يجده، قال : يضعها حتى يجىء آخر، فإن أكلها أطعم مثلها، وقال إبراهيم النخعى مثله، وقال عامر الشعبى : هو بالخيار، إن شاء قضاها، وإن شاء لم يقضها، لا تجوز الصدقة إلا بالقبض.

وقال مجاهد : من أخرج صدقة، فهو بالخيار، إن شاء أمضى، وإن شاء لم يمضِ، وعن عطاء مثله، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : وهو المأخوذ.

تم كتاب الهبة والصدقة من "المحيط" -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلا :

الفصل الأول : فيما يرجع إلى انعقاد البيع .

الفصل الثاني : في الاختلاف الواقع بين الإيجاب والقبول ، وفي الحوادث التي تمنع صحة قبول المشتري .

الفصل الثالث : في قبض المبيع بإذن البائع وبغير إذنه ، وفي تصرف أحد العاقدين في المبيع قبل القبض ، وفيما يلزم المتعاقدين من المؤنة في تسليم المبيع ، وفي تسليم الثمن .

الفصل الرابع : في المسائل التي تتعلق بالثمن .

الفصل الخامس : فيما [لا] يدخل تحت المبيع من غير [ذكره صريحًا ، وفيما يدخل تحت المبيع من غير][1] ذكر .

الفصل السادس : فيما يجوز بيعه وما لا يجوز .

الفصل السابع : في الشروط التي تفسد البيع والتي لا تفسده .

الفصل الثامن : في بيان أحكام الشراء الفاسد والتصرف في المملوك بالعقد الفاسد .

الفصل التاسع : في شراء الفضولي وبيعه ، وبيع أحد الشريكين في شيء كله ، أو بعضه ، وما يكون إجازة في ذلك ، وما لا يكون ، وفي اجتماع الفضوليين على التصرف في محل واحد ، ويدخل فيه بعض مسائل بيع الغصب .

الفصل العاشر : في الاختلاف الواقع بين البائع والمشتري .

الفصل الحادي عشر : في الزيادة في الثمن ، والمثمن ، وازديادهما ، وفي الحط والإبراء عن الثمن ، وفي هبة الثمن من المشتري .

الفصل الثاني عشر : في البيع بشرط الخيار .

الفصل الثالث عشر : في خيار الرؤية .

الفصل الرابع عشر : في العيوب .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الفصل الأول
فيما يرجع إلى انعقاد البيع

١١٦٧١- قال أصحابنا رحمهم الله تعالى : كل لفظين ينبئان عن التمليك والتملك على صيغة الماضي والحال، ينعقد بهما البيع، وذلك نحو أن يقول أحدهما : بعت، ويقول الآخر : اشتريت، أو [قبلت، وكذلك كل لفظين يؤديان معناهما، ولو قال البائع : أبيعك، فقال المشترى : اشتريت، أو][1] قال المشترى : بعنى، فقال : بعت، لا ينعقد البيع بينهما، وفرق بين البيع والنكاح، فإن الرجل إذا قال للمرأة : تزوجينى، فقالت : تزوجت، ينعقد النكاح، والفرق قد عرف فى موضعه.

١١٦٧٢- ولو قال لغيره : بعت منك هذا العبد بكذا، فقال المشترى : اشتريت، ولم يسمع كلام المشترى، لا ينعقد البيع بينهما، فسماع المتعاقدين كلاهما فى البيع شرط انعقاد البيع بالإجماع، فإن سمع أهل المجلس كلام المشترى، والبائع يقول : لا يسمع، ولاوقر فى أذنه، لا يصدق البائع ؛ لأن الظاهر يكذبه.

وإذا قال لغيره : بعت منك هذا العبد، فقال المشترى : أجزت، ينعقد البيع بينهما، ذكره فى "الأمالى".

١١٦٧٣- وإذا قال لغيره : أقلتك هذا العبد، وقال الآخر : قبلت، قال الفقيه أبو بكر : يكون بيعًا، وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى : لا يكون بيعاً، وبه أخذ الفقيه أبو الليث.

١١٦٧٤- وذكر بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : رجل قال لغيره : عبدى هذا [لك] بألف إن أعجبك، فقال : أعجبنى، فهذا بيع، وكذلك إذا قال لغيره : إن وافقك، فقال : وافقنى، وكذلك إذا قال : إن أردت، إن هويت، فقال : أردت، هويت، فهذا كله بيع فى الجواب، وأما فى الابتداء، فلا يلزمه.

١١٦٧٥- إذا قال لآخر : إن أديت إلىّ كذا كذا درهمًا ثمن هذا الثوب، فقد بعته منك، فأدى الثمن فى المجلس، يكون ذلك بيعًا صحيحًا استحسانًا، ذكره فى "السير"، وكذلك إذا قال : فروختم چون بها بمن رسد، فأعطاه الثمن فى المجلس، فهذا بيع صحيح استحسانًا.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١١٦٧٦- وفى "النوازل" : إذا قال لآخر : بعت منك عبدى هذا بألف درهم، فقال المشترى : قد فعلت، فهذا بيع ؛ لأن هذا تحقيق، ولو قال : نعم، لا يكون بيعًا، فقد فرق بين قوله : فعلت، وبين قوله : نعم، واستشهد، فقال : ألا يرى أن من قال لامرأته : اختارى نفسك، فقالت : قد فعلت، فهذا اختيار، وإن قالت : نعم، فهذا ليس باختيار.

وذكر فى "فتاوى أهل سمرقند" : من قال لغيره : اشتريت عبدك هذا بألف درهم، فقال البائع : قد فعلت، أو قال : نعم، أو قال : هات الثمن، صح البيع بينهما ؛ لأن هذا جواب، وسوى بين قوله : فعلت وبين قوله : نعم، فكان فيه قولان، والأصح أنه ينعقد البيع.

١١٦٧٧- وإذا قال لغيره : بالفارسية : اين خانه را[1] خريدى از من بچندين، فقال : خريدم، ولم يقل المخاطب بعد ذلك فروختم، حكى الإمام الأجل ظهير الدين عن عمه شمس الإسلام الأوزجندى، وأستاذه الإمام شمس الأئمة السرخسى أنه ينعقد البيع ؛ لأن قوله : فروختم مضمر فى قول البائع معناه خريدى كه فروختم.

وإذا قال : بعت فلانًا الغائب، فحضر فى المجلس فلان، وقال : اشتريت يصح.

١١٦٧٨- وإذا قال لغيره : بعتك هذا العبد بألف درهم، فقبضه المشترى، ولم يقل شيئًا، ينعقد البيع بينهما، ذكره شيخ الإسلام فى بيوعه فى باب جناية المبيع، وإذا قال لغيره [لك] هذا الطعام بدرهم لى عليك، وأكل كان هذا بيعًا، وكان ما أكل حلالا له، ذكره شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرح كتاب الاستحسان.

١١٦٧٩- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى" : إذا قال الرجل لغيره : بعتك عبدى هذا بألف درهم، فقال المشترى : اشتريت منك بألفى درهم، فالبيع جائز، فإن قبل الزيادة فى المجلس، تم البيع بألفى درهم ؛ لأنه أمكن تصحيحه، بأن يجعل كأن المشترى قال : قبلت البيع بألف درهم، وزدتك ألفًا أخرى.

١١٦٨٠- وفى "فتاوى أهل سمرقند" : رجل قال لغيره : اشتريت منك هذا بألفين، فقال ذلك الغير : بعته منك بألف، فهذا جائز، ويجعل كأن البائع قال : بعته منك بألفين، وحططت منك ألفًا.

١١٦٨١- وإذا قال لغيره : جعلت لك عبدى هذا بألف درهم، وقال ذلك الغير : قبلت، هل ينعقد البيع بينهما، اختلف المشايخ فيه، قد ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع" مسألة تدل على أنه ينعقد، وصورتها : رجل مات، وترك عبدًا قيمته ألف درهم لا

---

(١) وكان فى الأصل : اين خانه را وا خريدى.

مال له غيره، وعلى الميت لرجل ألف درهم دين، فأعطى القاضي العبد الغريم بدينه، وقال: هذا العبد بيع لك بدينك [أو قال: جعلته لك بدينك] وبنى على اللفظين أحكام البيع، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: وهذا هو الصحيح؛ لأنهما أتيا بمعنى البيع، وإن لم يأتيا بلفظ البيع، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ.

١١٦٨٢- وهذه المسألة أيضًا دليل على أن من قال لغيره: هذا [العبد] بيع لك بدينك، فقبل ذلك الغير، إنه ينعقد البيع بينهما.

١١٦٨٣- وفي طلاق "النوازل": إذا قال لغيره: هذا العبد عليك بألف درهم، فقال الآخر: قبلت، يكون بيعًا، قال: ألا ترى أنه لو قال لامرأته: ثلاث تطليقات عليك، إنه يقع الثلاث عليها.

١١٦٨٤- وإذا قال لغيره بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع: بعت هذا العبد بألف درهم، وقال المشترى: اشتريت، يصح، وإن لم يكن البائع قال: بعت منك.

١١٦٨٥- وفي "فتاوى أهل سمرقند": إذا قال الرجل لغيره: بعت هذا الثوب مني، فقال ذلك الغير: بعت، فقال المشترى: لا أريده، فله ذلك؛ لأن البيع لم يتم بعد، وبمثله لو قال المشترى: اشتريت منك هذا العبد، فقال البائع: بعت، فقال المشترى: لا أريده، فليس له ذلك؛ لأن الشراء قد تم بينهما قبل قول المشترى: لا أريده.

١١٦٨٦- إذا قال لغيره: اشتريت منك طعامك هذا بألف درهم، فتصدق به على المساكين، ففعل، ولم يتكلم جاز؛ لأن هذا دلالة القبول.

وفي "فتاوى أهل بلخ": سئل أبو الليث الكبير عمن قال لآخر: بكم هذا الوقر من الحطب، فقال: بدرهم، فقال: سق الحمار، قال: لا يكون بيعًا ما لم يسلم الحطب، وينقد منه الثمن، وقد قيل: لو قال قائل: إن هذا بيع [لايبعد][1] لأن قوله: سق الحمار رضاء بالبيع، فإذا ساقه البائع، فقد ساعده على ذلك الرضا، فظهر تراضيهما بالبيع.

١١٦٨٧- وسئل أبو الليث الكبير[2] -رحمه الله تعالى- عمن قال لآخر: خذ هذا الثوب بعشرة، فقال: أخذت، ثم قال البائع: لا أعطيك، ليس له ذلك، وكذلك المشترى ليس له أن يمتنع بعد قوله: أخذت.

١١٦٨٨- وقال خلف: سألت أسدًا عمن قال في السوق: من عنده ثوب هروى

---

(١) هكذا في "ف" و "م"، وكان في الأصل: لا ينفذ.

(٢) وفي "ف" و "م": أبو زيد الكبير.

بعشرة، فقال له رجل : أنا ، فأعطاه ، قال هذا ليس ببيع ، إلا أن يقول حين أخذه : أخذته بعشرة ، فاذهب ، وانظر إليه ، وسألت الحسن عن هذا ، فقال : البيع جائز ، ولكل واحد منهما حق نقض هذا البيع .

وإذا قال [الرجل] لغيره : بعتك عبدى هذا بألف درهم ، فقال ذلك الغير : هو حر ، ذكر شيخ الإسلام والصدر الشهيد فى دعوى الجامع : أن هذا جواب ، ويعتق العبد.

وذكر فى "العيون" : أنه ليس بجواب ، ولا يعتق العبد ، ولو قال : فهو حر ، فهو جواب ، وعتق العبد ، وعليه ألف درهم .

وروى ابن سماعة فى "نوادره" : عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه كما ذكر فى "العيون" .

١١٦٨٩- وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى فى رجل قال لغيره : بعنى غلامك هذا بألف درهم فقال : بعت ، فقال المشترى : هو حر ، قال : قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه : قوله هو حر قبض منه له ، وعتق عليه ، قال إبراهيم : وقال محمد : لا يعتق ، ولا يكون قابضًا بالعتق .

١١٦٩٠- وفى "المنتقى" : عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال لآخر : بعتك هذا العبد ، فقال الآخر : هو حر ، أو قال : مدبر ، فذلك سواء فى قولى ، وليس هذا ببيع حتى يأخذه ، ثم يعتقه ، قال وقال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه ، إذا قال : هوحر ، يعتق عليه .

١١٦٩١- وفى "فتاوى الأصل" : إذا قال لغيره : بعت منك عبدى هذا بألف درهم ، ووهبت الألف منك ، فقال المشترى : اشتريت ، صح البيع ، ولا تجوز البراءة ؛ لأن الثمن لم يجب بعد .

وفى "مجموع النوازل" : أن البيع لا يصح فى هذه الصورة ؛ لأن هذا فى معنى البيع بلاثمن .

١١٦٩٢- وفى "الفتاوى" : سئل أبو القاسم عمن ابتاع من آخر ثوبًا بتسعة ، فقال رب الثوب بالفارسية : از ده درهم كم ندهم؟ پسنديدى اين را ، فقال المشترى : رضيت ، لايجب به البيع حتى لو امتنع البائع عن تسليمه لايجبر عليه إذ ليس فى هذه اللفظة ما ينبئ عن إيجاب البيع .

١١٦٩٣- وفى "فتاوى أهل سمرقند" : رجل جاء إلى قصاب ، وقال : كم تعطينى من هذا اللحم بدرهم؟ فقال : منوين ، فقال الرجل : زن منوين ، فوزن القصاب ، ودفعه إلى

الرجل، وأخذ الدرهم، ولم يقل القصاب: بعت، ولا قال المشترى: اشتريت، وتفرقا عن ذلك، فهو بيع جائز، ويعتقد[1] بذلك الوزن؛ لأنه يثبت البيع بينهما مقتضى الوزن سابقًا عليه، فيكون الوزن بعد البيع، فيعتد به.

١١٦٩٤- رجل قال لآخر: من اين اسپ خود را باسپ تو عوض كردم، وقال الآخر: وأنا فعلت أيضًا، فهذا بيع، هكذا حكى فتوى شمس الإسلام الأوزجندى رحمه الله تعالى.

١١٦٩٥- رجل قال لآخر: بعت هذا العبد من فلان، فبلّغه، فبلّغه الرسول، وقال المشترى: اشتريت، فهو بيع، ولو لم يقل، فبلغه، فبلغه، وقال المشترى: اشتريت، لا يصح؛ لأن شطر البيع لايتوقف على ما وراء المجلس، ولو قال: بعته منه، فبلغه يا فلان، فبلغه رجل آخر جاز؛ لأنه حين قال: فبلغه، فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ، وكل من بلغه كان التبليغ برضاه، فإن قبل صح البيع، وهذا شيء يحفظ جدّا.

١١٦٩٦- وإذا قال لآخر: بعت منك هذا العبد بكذا، فقال الآخر لرجل آخر: قد اشتريت، فقال الرجل: اشتريت، ينظر إن أخرج الآمر الكلام مخرج الرسالة، صح الشراء، وإن أخرج [الكلام] مخرج الوكالة لا يصح.

١١٦٩٧- وفى "مجموع النوازل": رجل له على آخر دين، وطالبه، فجاء المطلوب بشعير قدرًا معلومًا، وقال للطالب: خذه بسعر البلد، قال: إن كان سعر البلد [معلومًا] وهما يعلمان ذلك، كان بيعًا تامًا، وإذا لم يكن سعر البلد معلومًا، أو كان معلومًا إلا أنهما لا يعلمان ذلك، لا يكون بيعًا.

١١٦٩٨- رجل قال لآخر: بعتك هذا العبد، ثم قام أحدهما عن المجلس، إما البائع أو المشترى، ثم قبل الآخر، لا يصح قبوله، هذا هو المذكور فى عامة المواضع.

وذكر شيخ الإسلام فى الباب الثانى من شرح "الجامع": أنه إذا باع وهو قاعد، ثم قام البائع، إلا أنه لم يذهب عن ذلك المكان حتى قبل المشترى قبوله، وهكذا كتب فى هذا الباب أيضًا.

١١٦٩٩- ولو كانا يمشيان، فقال أحدهما: بعت، وقال الآخر بعد ما مشيا خطوة أو خطوتين: قبلت، رأيت فى موضع من المواضع، أنه لا يجوز فى ظاهر الرواية، وفى رواية: يجوز، ورأيت مكتوبًا على ظاهر الجزء الثانى من شرح البيوع شرحه الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى: أن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد، فمشيا مكانًا، ثم قبل

---

(١) وفى النسخة "م": يعتد، وهو الأوجه.

المشترى، أن فى انعقاد هذا البيع وصحته اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى.

١١٧٠٠- وسئل نصر بن عمرعمن قال لآخر: بعت منك هذا العبد، وفى يد المشترى قدح ماء، فشربه، ثم قال: اشتريته، كان بيعًا تامًا، وكذا لو أكل لقمة، ثم قال: اشتريت، ولو كان المشترى فى الدار، فخرج، ثم قال: اشتريت، لاينعقد البيع بينهما؛ لأن المجلس قد تبدل.

قال لآخر: اشتريت منك هذا الثوب بكذا، فاقطعه قميصًا، فقطعه، فهذا بيع بينهما.

١١٧٠١- فى "فتاوى شمس الأئمة السرخسى:" وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل قال لغيره: أبعتنى عبدك؟ بألف الاستفهام، فقال: نعم قد أخذته، فهذا بيع لازم، فإن كان قد اشتراه بالأمس شراءً فاسدًا، ثم لقيه اليوم، فقال: أليس قد بعتنى عبدك هذا بألف درهم، فقال: نعم[1]، قال: بلى، قال: قد أخذته، فهذا باطل؛ لأن هذا على ما كان أمس، وإن تناكرا بيع أمس، فهذا اليوم جائز.

١١٧٠٢- ولو كان [قد] قال له أمس: بعتك عبدى هذا بألف درهم، فإن لم تجئنى اليوم بالثمن فلابيع بينى وبينك، فقبل المشترى ذلك، ولم يجئ بالثمن اليوم، ولقى البائع من الغد، وقال له: قد بعتنى عبدك بألف درهم، فقال: نعم، فقال المشترى: قد أخذته، فهذا شراء الساعة، ولا أبطله بما كان منه أمس؛ لأن ذلك الشراء قد انتقض حين لم يأتِه بالثمن أمس، قال: ولايشبه هذا الشراء الفاسد.

١١٧٠٣- رجل قال لآخر: بعت منك هذا العبد بألف درهم، فقال المشترى: اشتريت، وقال البائع: رجعت، وخرج قول البائع: "رجعت" مع قول المشترى: "اشتريت" معًا، لا يصح البيع؛ لأنه قارن البيع ما يمنع صحته، وهو رجوع البائع.

١١٧٠٤- كتب الرجل إلى الرجل: بعت عبدك هذا منى بكذا، فكتب المكتوب إليه: بعت منك عبدى هذا، فهذا ليس ببيع، ولو كتب الأول: اشتريت عبدك فلانًا بكذا، فكتب إليه المكتوب إليه: إن بعت فهذا بيع، والفرق أن البيع لا بد له من الركنين، ففى الفصل الأول لم يوجد أحد الركنين، وفى الفصل الثانى وجد الركنان.

١١٧٠٥- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": رجل قال لغيره: بعت منك هذا الثوب بعشرة، والمشترى قال: أخذته بتسعة، وتقابضا، قال: هو بتسعة؛ لأنه ينظر إلى آخرهما كلامًا، فيحكم بذلك.

---

(١) ليس فى النسخة "م": قوله: فقال: نعم.

١١٧٠٦- وفي "العيون" : عن محمد رحمه الله تعالى : رجل ساوم رجلا ، فقال البائع : أبيعه بخمسة عشر ، وقال المشترى : لا آخذه إلا بعشرة ، فإن كان الثوب في يد المشترى حين ساومه ، فهو بخمسة عشر ؛ لأن المشترى رضى بخمسة عشر لما ذهب به ، وإن كان الثوب في يد البائع وقت المساومة ، فدفعه إلى المشترى ، ولم يقل البائع شيئًا آخر ، فهو بعشرة ؛ لأن البائع رضى بعشرة لما دفع الثوب إلى المشترى .

١١٧٠٧- وعنه أيضًا : رجل ساوم رجلا بثوب ، فأخذه على المساومة ، أو دفعه إليه ، وهو يساومه ، وقال : هو بعشرة ، فذهب به المشترى ، قال : هو على الثمن الذى قاله البائع أبدًا حتى يرد عليه ، معنى قوله : "حتى يرد عليه" أن يقول المشترى : لا آخذ إلا بتسعة ، لا أرضى إلا بتسعة .

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى : رجل أخذ ثوبًا من رجل ، فقال البائع : بعشرين ، وقال المشترى : لا أزيدك على عشرة ، فذهب بالثوب ، وضاع ، فهو بعشرين .

١١٧٠٨- وفي "الواقعات" : رجل قال لآخر : بكم هذا الثوب ، فقال : بعشرين ، فقال المشترى : لا أريده بعشرين ، فذهب ، ثم جاء وأخذ الثوب ، فذهب به ، فهو بعشرين ؛ لأنه رضى به ، وإذا أخذ من رجل ثوبًا ، وقال : اذهب به ، فإن رضيته اشتريته ، فذهب به ، وضاع الثوب ، فلا شيء عليه ، ولو قال : إن رضيته أخذته بعشرة ، فضاع ، فهو ضامن قيمته بناء على أن المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضمونًا إذا كان الثمن مسمى .

١١٧٠٩- عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : فى رجل ساوم رجلا بثوب ، فقال صاحب الثوب : هو بعشرة ، فقال المساوم : هاته حتى أنظر إليه ، فدفعه إليه على ذلك ، فضاع ، لا يلزمه شيء علل فقال : لأنه أخذ على النظر ، أشار إلى أنه ليس بمقبوض على سوم الشراءو وإن أخذه على غير النظر ، ثم قال : أنظر إليه ، فضاع ، لم يخرجه قوله : أنظر إليه على الضمان ، وهو على ما أخذه عليه أول مرة ، وهكذا روى عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أيضًا .

١١٧١٠- وصورة ما روى عنه : رجل قال لغيره : هذا الثوب لك بعشرة ، فقال ذلك الرجل : هاته حتى أنظر إليه ، أو قال : حتى أراه ، فأخذه على هذا ، وضاع منه ، فلاشيء عليه ، ولو قال : هاته ، فإن رضيته أخذته ، فضاع ، فهو على ذلك الثمن .

رجل قال لغيره : إن الناس يشرون كرمك هذا بألفى درهم ، فلم لا تبيعه؟ فقال له صاحب الكرم : بعته منك بألف درهم ، فقال المشترى : اشتريته بها ، صح البيع إن لم يكن على

طريق الهزل، وإن اختلفا، فالقول قول البائع : إنه أراد به الهزل، بأن يكون قوله : بعت بألف ردّاً لكلام ذلك الرجل، فإن كان المشترى أعطاه شيئًا من الثمن وأخذه، ثم ادعى الهزل، لايسمع دعواه بعد ذلك؛ لأن قبض الثمن علامة الجد.

١١٧١١- وينعقد البيع بلفظ السلم بالاتفاق، وفى انعقاد السلم بلفظ البيع روايتان، وسيأتى بيان ذلك فى موضعه.

١١٧١٢- وينعقد التعاطى بدون لفظ الإيجاب والقبول، على هذا اتفقت الروايات، والأصل فيه عرف الناس وعاداتهم، وصورة ذلك ما مر قبل هذا.

رجل قال لقصاب : كم تعطينى من هذا اللحم بدرهم؟ فقال : منوين، فقال الرجل : زن منوين، فوزن، ودفع إلى الرجل، ودفع الرجل درهمان إلى القصاب، وذهب باللحم، فهذا بيع، وإن لم يتلفظا بلفظ البيع والشراء.

وذكر فى "النوازل" : رجل وضع فأسًا عند بقال، وأخذ رمانة برضاه، ولم يتكلما شيئًا، فهذا بيع.

١١٧١٣- ثم اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيما بينهم، بعضهم قالوا : إنما ينعقد البيع بالتعاطى فى الأشياء الخسيسة، نحو البقل والرمانة، والخبز، وأشباه ذلك، وهكذا ذكر الكرخى فى كتابه، وعامتهم على أنه ينعقد فى جميع الأشياء، الخسيسة والنفيسة فى ذلك سواء[١]، وفى الكتب مسائل تدل على هذا القول، وهو الصحيح.

١١٧١٤- واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى : أن الشرط فى بيع التعاطى الإعطاء من الجانبين، أو الإعطاء من أحد الجانبين [يكفى]، وأشار محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير" إلى أن تسليم المبيع يكفى، وفى مسائل الوكيل مسألتان : إحداهما تدل على أنه يشترط الإعطاء من الجانبين [والأخرى تدل على أن الإعطاء من أحد الجانبين][٢] يكفى، وستأتى صورتها فى موضعها، وسيأتى فى فصل[الإقالة] نص أن الشرط هو الإعطاء من الجانبين، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى يشترط الإعطاء من الجانبين، وكان يقول : إذا وجد قبض البدلين فى المجلس، ينعقد البيع بالتعاطى، وما لا فلا، وبعض مشايخنا اكتفوا بالإعطاء من أحد الجانبين، وهذا القائل يشترط بيان الثمن لانعقاد هذا البيع بتسليم المبيع، وهكذا حكى فتوى الشيخ الإمام أبى الفضل الكرمانى رحمه الله تعالى.

---

(١) وفى "م" : على السواء.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١١٧١٥- وفى "المنتقى" : رجل ساوم رجلا بشىء أراد شراءه منه، ولم يكن معه وعاء يأخذه فيه، ثم فارقه، ثم جاء بالوعاء بعد ذلك، وأعطاه الدراهم، فهذا جائز، فقد [حكم بجواز] البيع بإعطاء الدراهم، فهذا يدل على انعقاد البيع بالتعاطى من أحد الجانبين.

١١٧١٦- وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى رجل قال لغيره: كيف تبيع الحنطة؟ فقال: كل قفيز بدرهم، فقال: كل لى خمسة أقفزة، فكال، فذهب بها، قال: هذا بيع، وعليه خمسة دراهم، وهذه المسألة دليل على انعقاد البيع بالإعطاء من أحد الجانبين أيضًا.

١١٧١٧- وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى إذا قال للقصاب: أن لى ما عندك من اللحم، أو قال: زن لى من هذا الجنب، أو من هذا الرجل على حساب ثلاثة أرطال بدرهم، فوزن له، فلاخيار له.

١١٧١٨- وفى "المجرد": عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه إذا قال للحام: كيف تبيع اللحم، قال: كل ثلاثة أرطال بدرهم، قال: قد أخذت منك، زن لى، ثم بدا للحام أن [لا] يزن، فله ذلك، وإن وزن، فقبل قبض المشترى كان لكل واحد الرجوع، فإن قبضه المشترى، أو جعله البائع فى وعاء المشترى بأمره، تم البيع، وعليه درهم، وهذه المسألة دليل أيضًا على انعقاد البيع بالإعطاء من أحد الجانبين.

وفى "نوادر ابن رستم": عن محمد رحمه الله تعالى إذا قطع القصاب اللحم، ووزن، والمشترى ينظر، ثم أبى أن يقبض، له ذلك حتى يقول: رضيت، أو يقبض.

١١٧١٩- رجل اشترى وقر زيت من آخر بثمانية دراهم، ثم قال للبائع: ائت بوقر آخر بهذا الثمن، ألقه ههنا، فجاء البائع بوقر آخر، وألقى ذلك الموضع، فهذا بيع، وله أن يطالب الآمر بثمانية دراهم.

ومما يتصل بهذا الفصل معرفة المبيع والثمن:

لأن البيع لابد له من المبيع والثمن، قال "القدورى" فى كتابه: ما يتعين بالعقد فهو مبيع، ومالايتعين فهو ثمن، إلا أن يقع عليه لفظ البيع، ثم قال: الدراهم والدنانير أثمان أبدًا؛ لأنها فى الأصل خلقت ثمن الأشياء وقيمتها، قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾[1] فسّر الثمن[2] بالدراهم، وقال الفراء فى كتابه: الثمن ما يكون دينًا فى الذمة،

---

(١) سورة يوسف: الآية ١٩.

(٢) وفى "ف": عين.

والدراهم والدنانير لا يتعينان فى عقود المعاوضات على أصلنا، وإنما ينعقد على مثلها دينًا فى الذمة، فجعلوا الدراهم والدنانير أثمانًا لهذا.

١١٧٢٠- والأعيان التى ليست من ذوات الأمثال مبيعة أبدًا.

والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة بين مبيع وثمن، فإن كانت المكيلات والموزونات متعينة، فهى مبيعة وثمن؛ لأن البيع لا بد له من مبيع وثمن، وليس لأحدهما [أن يجعل] مبيعًا بالأولى من الآخر؛ لأن المكيل والموزون يتعينان فى البياعات، كالعروض، فجعلنا كل واحد منهما مبيعًا من وجه، ثمنًا من وجه، وإن كانت المكيلات والموزونات غير متعينة، فإن استعملت استعمال الأثمان، فهى ثمن، نحو أن يقول: اشتريت هذا العبد بكذا كذا حنطة [ويصف ذلك، وإن استعملت استعمال المبيع، كانت مبيعًا، بأن قال: اشتريت منك كذا وكذا حنطة][1] بهذا العبد، فلا يصح العقد إلا بطريق السلم.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده فى شرح شهادات "الجامع": أن المكيل أو الموزون إذا لم يكن معينًا، فهو ثمن، دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل؛ لأن المكيل والموزون من ذوات الأمثال، حتى يضمنان بالمثل فى الإتلاف، فصار نظير الدراهم والدنانير، والدراهم والدنانير أثمان دخل عليها حرف الباء أو لم يدخل، وكذا المكيل والموزون، والفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير فى أنها لا تتعين بالتعيين، وكان أبوالحسن الكرخى رحمه الله تعالى يقول: الدراهم والدنانير لايتعينان فى العقود، ولايتعينان فى التسليم، ويستدل بمسألة ذكرها محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع".

١١٧٢١- وصورتها: إذا قال الرجل: إن بعت هذا العبد بهذا الكر وبهذا الألف فهما فى المساكين صدقة، فباع العبد بهما، لزمه التصدق بالكر دون الألف، ولو لم تتعين الدراهم فى العقد لما وجب التصدق بشىء؛ لأن شرط وجوب التصدق البيع بالكر المعين والدراهم المعينة، فإذا كانت الدراهم لا تتعين فى العقود، كان البيع واقعًا بكر معين وبدراهم فى الذمة، وكان الموجود نصف الشرط، وبوجود نصف الشرط لاينزل الجزاء، والجواب عن هذا الإشكال، وهو وجه تخريج هذه المسألة أن شرط وجوب التصدق وجود البيع مضافًا إلى الكر وإلى الدراهم، وتسميتها فى البيع، فأما تعين الدراهم فليس من الشرط فى شىء؛ لأنه ليس من صنيع العبد، فصار فى التقدير كأنه قال: إن بعت هذا العبد بيعًا مضافًا إلى هذا الكر، وإلى هذا الألف، فهما فى المساكين صدقة، فإذا أضاف البيع إليهما، سماهما فى البيع، فقد

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "ظ" و"ف" و"م".

وجد شرط وجوب التصدق، فيلزمه التصدق.

١١٧٢٢- وإذا عرفت المبيع والثمن، فنقول: من حكم المبيع إذا كان منقولا أن لايجوز بيعه قبل القبض، به ورد الأثر عن رسول الله ﷺ؛ ولأنه تمكن فى هذا العقد غرر، يمكن التحرز عنه، ونهى رسول الله ﷺ عن بيع فيه غرر(١)، بيانه أن المشترى الأول، لو قبض المبيع بعد ما باع يتم البيع الأول، ويصير بائعًا ملك نفسه، ومتى لم يقبض حتى هلك فى يد البائع الأول [يفسخ] البيع الأول، ويعود البيع إلى قديم ملك البائع الأول، فيصير المشترى الأول بائعًا ملك الغير، فإذا كان لايدرى أنه يقبضه أو لا يقبضه، لا يدرى أنه يكون بائعًا ملكه، فيصح أن يكون بائعًا ملك غيره، فلا يصح، فكان فيه غرر من هذا الوجه.

وكل جواب عرفته فى المشترى، فهو الجواب فى الأجرة إذا كانت الأجرة عينًا، وقد شرط تعجيلها، لا يجوز بيعها قبل القبض.

وكذلك بدل الصلح عن الدين إذا كان عينًا لا يجوز بيعه قبل القبض؛ لأن النص وإن ورد فى البيع، ولكن لمعنى الغرر، وكل عين ملك بعقد، وينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض، فيكون فيه غرر، فيكون النص واردًا فيه دلالة.

١١٧٢٣- أما المهر وبدل [الخلع، وبدل الصلح] عن دم العبد(٢) إذا كان عينًا [فبيعها] جائز قبل القبض؛ لأن وهم الغرر بانفساخ العقد فى هذه الأشياء منتفٍ، فلا يكون النص واردًا فى هذه الأشياء، والمطلق للتصرف موجود، وهو الملك، فجاز بيع هذه الأشياء قبل القبض، وما لا يجوز بيعه قبل القبض، فكذلك لا يجوز إجارته؛ لأن الإجارة بيع المنفعة، فيعتبر بيع العين، فما لا يجوز بيعه قبل القبض، لا تجوز إجارته.

ولو تصدق بالمنقول المشترى قبل القبض، وبما هو فى معنى [المشترى، نحو الأجرة] وبدل الصلح عن دعوى العين، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لايجوز، و [على قول محمد يجوز] وعلى هذا إذا وهبه فأبو يوسف اعتبر معنى الغرر على نحو ما بينا فى البيع وأشباه ذلك، ومحمد يقول: [تمام] هذه التصرفات بالقبض، فكانت العبرة لحالة القبض، ولهذا كان الشيوع وقت القبض مانعًا جواز الهبة، ولم يكن وقت العقد مانعًا، قلنا: والمانع [زائل] وقت القبض، فيصح ويصير الموهوب له وغيره مما ذكرنا نائبًا عنه فى القبض، فيصير

---

(١) أخرجه المروزى فى "السنة" (٢٠٨)، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٠٥٠٩)، والبيهقى فى "الكبرى" (٢١٤١١)، وذكره صاحب "عون المعبود" (٩/ ٢٠١).

(٢) هكذا كان فى الأصل، وفى النسخة "م": العمد، وهو الصحيح.

قابضًا له أولا، ثم يصير قابضًا لنفسه بخلاف البيع والإجارة؛ لأن ذلك مما يلزم بنفسه، وعند ذلك المانع قائم، والقرض والوصية على هذا الخلاف أيضًا.

هذا إذا تصرف المشترى [فى المنقول المشترَى] قبل القبض مع أجنبى، فأما إذا تصرف فيه مع بائعه، فإن باعه [منه] لم يجز بيعه أصلا قبل القبض، وإن وهبه له لاتصح هبته وتصح إقالته، والبيع لا يصح أصلا، والفرق وهو أن لفظة الهبة تستعمل مقام لفظة الإقالة [يقول الرجل فى دعاءه: اللّهمّ هب لى ذنوبى، كما يقول: اللّهمّ أقلنى عثرتى، فعند تعذر العمل بحقيقته تجعل مجازًا عن الإقالة، فأما لفظة البيع لا تستعمل مقام لفظة الإقالة][1]، فكما تعذر العمل بحقيقة لفظ [البيع تعذر العمل بمجازها، وهو الإقالة.

١١٧٢٤- وفى "فتاوى الفضلى": اشترى دارًا، ووهبها لغير البائع قبل][2] القبض وأمره بالقبض جاز بالاتفاق، فرق محمد رحمه الله تعالى بين الهبة والبيع، والفرق أن الهبة لا تتم إلا بالقبض، فمتى أمر المشترى الموهوب له بالقبض، صح الأمر؛ لأنه صادف ملكه، وصار الموهوب له وكيل المشترى فى القبض، فصار قبضه كقبض المشترى، فصار هبته للحال، وهو ما بعد قبض الموهوب له، فتكون هبته بعد القبض، فأما تمام البيع فبالإيجاب والقبول، لا بالقبض، فلا يمكن أن يجعل بيعًا من الثانى للحال، وهو ما بعد قبضه ليكون بيعًا بعد القبض.

١١٧٢٥- وذكر الكرخى رحمه الله تعالى فى "مختصره": إذا قال المشترى للبائع قبل القبض: بعه لنفسك، فقبل، فهو نقض للبيع؛ لأنه لا يتصور بيعه لنفسه إلا بعد فسخ الأول، فالأمر به من جهة المشترى، وقبول البائع ذلك يتضمن فسخ الأول، ولو قال: بعه لى، لايكون نقضًا، ولو باعه لم يجز بيعه؛ لأن هذا أمر بما هو باطل، فلا يتضمن فسخ الأول.

١١٧٢٦- ولو قال: بعه، ولم يقل لى أو لنفسك فقبل، فهو نقض للأول، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف لا يكون نقضًا، وجه قول أبى يوسف: إن قوله: بع ينصرف إلى البيع للآمر؛ لأن الملك له، فكأنه قال: بعه لى، وجه قولهما: إن الأمر بالبيع للآمر لا يصح، ويصح للمأمور بواسطة انفساخ البيع الأول، فيصح الأمر بالبيع للمأمور، ويتضمن ذلك انفساخ الأول، كما لو قال: بعه لنفسك.

١١٧٢٧- ولو قال المشترى للبائع قبل القبض: أعتقه، فأعتقه البائع، جاز العتق عن البائع، وينفسخ البيع الأول، ولا يقع العتق عن المشترى عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

لأن بالعتق يصير المشترى قابضًا، والبائع لا يصلح قابضًا للمشترى بطريق النيابة عنه، فيقع العتق للبائع، وطريقه أن ينفسخ البيع، فيعود إلى ملك البائع، وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى العتق باطل؛ لأنه لا يقع عن المشترى، لما قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه، ولا يقع عن البائع، لعدم الملك للبائع.

١١٧٢٨- ولو ملك المنقول بالوصية، أو بالميراث يجوز بيعه قبل القبض، أما فى الميراث؛ فلأن يد الورثة يد المورث؛ لأنهم خلفاء عنه، فكان هذا بيع المقبوض، وأما الوصية فلأنها أخت الميراث، فكان حكمها حكم الميراث.

١١٧٢٩- وأما مسألة العقار: فنقول: العقار إذا ملك بالبيع والإجارة، أو الصلح عن الدين، لا يجوز التصرف فيه قبل القبض عند محمد وزفر والشافعى رحمهم الله تعالى، لعموم النهى عن بيع ما لم يقبض، ويجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، لانتفاء الغرر، إذ العقار لا يتصور هلاكه، والحديث خاص فى المنقولات؛ لأن القبض حقيقة يتصور فى المنقول دون العقار، فينصرف الحديث إليه.

١١٧٣٠- وفى "النوازل": إذا اشترى دارًا، ووقفها قبل القبض، وقبل نقد الثمن، فالأمر موقوف إن أدى الثمن وقبضها، جاز الوقف، قيل: هذا على قول من لا يقف صحة الوقف على التسليم إلى المتولى، هذا هو الكلام فى طرف المبيع، جئنا إلى طرف الثمن، فنقول: التصرف فى الأثمان قبل القبض والديون استبدالا سوى السلم والصرف جائز عندنا، واختلف عبارة المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: لأن بيع المنقول قبل القبض إنما لا يجوز لمكان الغرر، وهو انفساخ البيع الأول بالهلاك، وهذا المعنى لا يتأتى جانب الثمن، فيجوز التصرف فيه عملا بالمطلق، وبعضهم قالوا: لأن الثمن واجب فى الذمة، والقبض لا يرد عليه حقيقة، وإنما طريق قبضه أن يقبض مثله [عينًا] مضمونًا عليه، فيلقيان قصاصًا، وإذا كان طريق القبض هذا لا يقع التفرقة بين أن يكون المقبوض من جنسة، أو من خلاف جنسه؛ لأنه مضمون بمعناه، والمقاصة تقع به.

١١٧٣١- وروى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما: أنه قال: كنا نبيع الإبل بالبقيع، ونأخذ مكان الدراهم الدنانير، ومكان الدنانير الدراهم، وكان يجوزه رسول الله ﷺ، بخلاف السلم؛ لأنه وإن كان دينًا لكن الشرع جعل المقبوض فى السلم عين المستحق بالعقد؛ لأن الأصل فيه أن يكون بيعًا، والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز، وذكر الطحاوى: أنه لايجوز التصرف فى القرض قبل القبض، قال: لأنه لا يجوز تأجيله، فلا يجوز التصرف فيه،

هذا منه إشارة إلى أن الاستبدال إنما يصح فى الديون المطلقة؛ لأن طريق قبض الديون قبض أبدالها، لا قبض أعيانها، وفى باب القرض الواجب رد العين؛ لأنه إعارة، فيصير كأنه انتفع بالعين ورده، ومن هذا الوجه لم يجز التأجيل؛ لأن التأجيل فى العوارى لايلزم، فلا يصح الاستبدال عنه أيضًا.

قال القدورى فى كتابه: هذا سهو، والصحيح أنه يجوز؛ لأن الواجب بالقرض رد المثل، لا رد العين وأقيم رد المثل مقام رد العين، وكان طريق رده ما هو الطريق فى إيفاء الديون، فيصح الاستبدال.

ومما يتصل بهذه المسائل[1]:

١١٧٣٢- إذا اشترى لآخر عبدًا بدراهم، وتقابضا، ثم تقايلا، فلم يقبض البائع العبد بحكم الإقالة حتى باعه ثانيًا من هذا المشترى، صح، ولو باعه من الأجنبى لايصح، وبمثله لو اشترى رجل من آخر عبدًا، وباعه قبل القبض من بائعه، أو من أجنبى، لا يجوز، ففى بيع المنقول المشترى قبل القبض سوى بين البيع من بائعه، وبين البيع من أجنبى، وفى مسألة الإقالة فرق بين البيع من المشترى، وبين البيع من الأجنبى، والوجه فى ذلك أن الإقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق الثالث، ففى حق المتعاقدين يعود إلى البائع قديم ملكه، وأنه مقبوض، فإذا باعه المشترى، فقد باع ما هو مقبوض فى حقهما، وفى حق الثالث لما كان عقدًا جديدًا، جعل فى حق الثالث، كان البائع اشتراه ثانيًا من المشترى، ولم يقبضه فكان بحكم الشراء، فكان هذا بيع المنقول قبل القبض فى حق الكل، فاستوى فيه البيع من البائع، والبيع من الأجنبى.

ولو اشترى غلامًا من رجل بألف درهم بشرط الخيار للمشترى ثلاثة أيام، وتقابضا، ثم فسخ المشترى العقد بخيار الشرط، فلم يردها على البائع، حتى اشتراه منه ثانيًا صح، ولو اشتراه أجنبى صح أيضًا.

١١٧٣٣- والأصل فى جنس هذه المسائل أن [فى] كل موضع انفسخ البيع بين البائع والمشترى فى المنقول بسبب هو فسخ من كل وجه فى حق الناس كافّةً، فباعه البائع قبل أن يقبضه من المشترى يصح بيعه، باعه من المشترى أو من أجنبى، وفى كل موضع انفسخ البيع بينهما، بسبب هو فسخ فى حق المتعاقدين عقد جديد فى حق الثالث، لو باعه من المشترى

---

(١) وفى النسختين: "ف" و"م": بهذا الفصل.

يصح، ولو باعه من أجنبى لا يصح، وهذا أصل كبير حسن، أشار إليه محمد رحمه الله تعالى فى بيوع "الجامع".

١١٧٣٤- وفى "المنتقى" رواية مجهولة: رجل اشترى من رجل عبدًا وقبضه، ثم أقال البيع، ثم باعه من الذى هو فى يديه قبل أن يقبضه، فالبيع باطل، حتى يقبض.

١١٧٣٥- [وذكر فى "السير الكبير": إذا أسر العدو عبد المسلم، وأحرزوه بدارهم، فدخل مسلم داره، فاشترى العبد منهم، وأخرجه إلى دار الإسلام، فحضر المالك القديم، وقضى القاضى بالعبد له بالثمن، ويقبضه[1] من المشترى من العدو حتى باعه، إن باعه من الذى فى يده يجوز، وإن باعه من غيره لا يجوز، قال: وهو نظير ما إذا قضى القاضى برد العبد المشترى بألف على البائع، فلم يقبضه البائع حتى باعه من المشترى يجوز، وإن باعه من غيره لا يجوز.

١١٧٣٦- قال الفقيه أبوجعفر: كنا نقول: إذا تقايل البيع البائع والمشترى فى العبد، ولم يقبضه البائع حتى باعه، إن باعه من المشترى يجوز، ولو باعه من غيره لايجوز، وكذا نظن فى الرد بالعيب بعد القبض بقضاءه، يجوز بيع البائع قبل القبض من المشترى ومن غيره؛ لأن الرد بقضاء فسخ من كل وجه، وإعادتها إلى الملك الأول، فيجوز البيع من المشترى ومن غيره، وقد نص محمد ههنا أنه لايجوز بيع البائع من غير المشترى ينظر فى آخر الباب قبل باب أسير عبد المرتد][2] -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

---

(١) هكذا كان فى النسخة المصحّحة، ولعل الصحيح: لم يقبضه.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

الفصل الثانى
فى الاختلاف الواقع بين الإيجاب والقبول
وفى الحوادث التى تمنع صحة قبول المشترى

١١٧٣٧ - إذا أوجب البائع البيع فى شيئين أو ثلاثة، وأراد المشترى أن يقبل العقد فى أحدهما دون الآخر، فهذا على وجهين: إن كانت الصفقة واحدة، ليس له ذلك، وإن كانت متفرقة فله ذلك، وهذا لأن الصفقة إذا كانت واحدة، فالمشترى بقبول العقد فى أحدهما يريد تفريق الصفقة على البائع، وفى ذلك ضرر بالبائع؛ لأن العادة فيما بين الناس أنهم يضمون الردىء إلى الجيد فى البياعات، وينقصون شيئًا عن ثمنه الجيد لترويج الردى بالجيد، فلو جاز قبول العقد فى أحدهما، فالمشترى يقبل العقد فى الجيد، ويترك الردى على البائع، فيزول الجيد عن ملك البائع بأقل من ثمنه، وفيه ضرر بالبائع.

وكذلك لو قال: بعتك هذا العبد، فقال المشرى: قبلت فى نصفه، لم يصح؛ لأنه فيه ضرر عيب الشركة، فالشركة فى الأعيان عيب، قال القدورى فى "الكتاب": إلا أن يرضى البائع فى المجلس، نحو أن يقول: بعتك هذين القفيزين بعشرة، فيقول المشترى: قبلت فى [نصفه فرضى به البائع، أو يقول: بعتك هذين القفيزين بعشرة، فيقول المشترى: قبلت][1] أحدهما، فيرضى به البائع، ويكون ذلك من المشترى فى الحقيقة استئناف إيجاب لا قبولا، فإذا رضى به البائع فى المجلس، فيجوز، قال: وإنما يصح مثل هذا إذا كان للبعض الذى قبله المشترى حصة معلومة من الثمن على نحو ما ذكرنا من المثال فى القفيزين؛ لأن الثمن ينقسم عليهما باعتبار الأجزاء، فيكون حصة كل قفيز معلومًا، فأما إذا كان الثمن ينقسم باعتبار القيمة، نحو إن أضاف العقد إلى عبدين، أو ثوبين، فلم يصح العقد إذا قبل المشترى فى أحدهما، وإن رضى البائع به؛ لأن القبول من المشترى لما جعل بمنزلة ابتداء إيجاب، فإذا لم يكن حصة كل واحد مسمّى، لو جاز البيع فى الذى قبل كان هذا ابتداء عقد بالحصة، وأنه لا يجوز.

ثم لابد من بيان معرفة اتحاد الصفقة، وتفرقها، فنقول: إذا اتحد البيع والشراء والثمن، بأن ذكر الثمن جملة، والبائع واحد، والمشترى واحد، فالصفقة متحدة قياسًا واستحسانًا.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١١٧٣٨ - وكذلك لو تفرق الثمن بأن سمى لكل بعض من المبيع ثمنًا على حدة، واتحد الباقى، بأن قال البائع : بعتك هذه الأثواب العشرة، كل ثوب منها بعشرة، كانت الصفقة متحدة أيضًا، وكذا إذا كان البائع أو المشترى اثنين [والثمن ذكر جملة][1] بأن قال البائع لرجلين : بعت منكما بكذا، أو قال المشتريان : اشترينا منك بكذا، كانت الصفقة متحدة، هذا هو الكلام فى الاتحاد.

١١٧٣٩ - وأما الكلام فى جانب التفرق، فنقول : إن تفرقت التسمية، بأن سمى لكل بعض ثمنًا على حدة، ويكرر البيع، أو الشراء، أو البائع والمشترى اثنان، أو كان أحدهما اثنين، فالصفقة متفرقة، وكذلك إذا تفرق الثمن، وتكرر البيع، أو الشراء، والبائع والمشترى واحد، بأن قال البائع لرجل : بعت منك هذه الأثواب، بعت هذا بعشرة، بعت هذا بخمسة، أو قال المشترى : اشتريت منك هذه الأثواب، اشتريت هذا بعشرة، اشتريت هذا بخمس، كانت الصفقة متفرقة بالاتفاق، وأما إذا تفرق الثمن، إلا أنه لم يتكرر لفظ البيع والشراء، واختلف العاقدان، بأن كان من أحد الجانبين اثنان، أو كان من كل جانب اثنان، ذكر فى بعض المواضع أنها صفقة واحدة، ذكر فى بعض المواضع أنها صفقتان، قيل : الأول : استحسان، والثانى : قياس، وقيل : الأول قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، والثانى قول صاحبه، ذكر الصدر الشهيد هذه الجملة فى بيوع الجامع.

١١٧٤٠ - وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى فى شرح صلح "المبسوط" فى باب اختلاف الشراء والصلح إذا كان العبد بين رجلين، فباعاه من رجل بألف ومائة على أن نصيب أحدهما مائة، ونصيب الآخر ألف، وجعل الصفقة متفرقة، حتى قال : لو قبل المشترى المبيع فى نصيب أحدهما جاز، وعلل، فقال : لأن كل واحد منهما بين لنصيبه ثمنًا، لا يقتضيه الصفقة الواحدة؛ لأن الصفقة الواحدة تقتضى أن يكون الثمن بينهما نصفين على قدر ملكهما، فإذا سميا على التفاوت، فقد غير حكم الصفقة الواحدة، وذكرا حكم صفقتين، فصارت الصفقة الواحدة فى حكم صفقتين متفرقتين، بخلاف ما إذا سميا الثمن على المساواة، بأن سمى كل واحد منهما لنصيبه خمسمائة، حيث تكون الصفقة متحدة؛ لأن كل واحد منهما سمى لنفسه مقدارًا تقتضيه الصفقة الواحدة، فيكون ذلك تقديرًا لموجب الصفقة الواحدة، لا تغييرًا لها، فكانت الصفقة [حقيقة وحكمًا متحدة.

---

(١) هكذا فى النسخة "م".

١١٧٤١- ويبنى على إتحاد الصفقة[١]، وتفرقها ما إذا اشترى شيئين، أو أشياء مختلفة، أو شيئًا واحدًا، ونقد بعض الثمن، وأراد أن يقبض بعض المبيع، فإن كانت الصفقة][٢] واحدة، ليس له ذلك، وإن كانت الصفقة متفرقة، فله ذلك.

١١٧٤٢- بيان هذه الصورة فيما ذكر محمد رحمه الله تعالى في "الجامع"، وصورته رجل اشترى من آخر عشرة أثواب يهودية، كل ثوب بعشرة دراهم، ونقد المشترى عشرة دراهم، وقال: هذه العشرة ثمن هذا الثوب بعينه، وأراد أن يقبض ذلك، ليس له ذلك؛ لأن الصفقة متحدة، وفي الصفقة الواحدة ضم الرديء إلى الجيد في البيع والحط عن بعض ثمن الجيد معتاد فيما بين الناس، فلو جاز قبض أحدهن، لقبض الجيد، ولا يتسارع إلى قبض الرديء، وربما يهلك الرديء قبل القبض، وينفسخ العقد فيه، ويسلم للمشترى الجيد بأقل من ذلك، وفي ذلك ضرر على البائع.

وكذلك لو أبرأ البائع المشترى عن ثمن [أحد] هذه الأثواب بعينه، فقال المشترى: أنا آخذ ذلك الثمن، لم يكن له ذلك اعتبارًا للبراءة الحاصلة بالإبراء بالبراءة الحاصلة بالاستيفاء، وكذلك لو أخر البائع عن المشترى ثمن ثوب بعينه شهرًا، لم يكن له أن يقبض ذلك الثوب، اعتبارًا للبراءة الموقتة بالبراءة المؤبدة، وكذلك لو أبرأه عن جميع الثمن إلا درهمًا، أو أخر عنه جميع الثمن إلا درهمًا، وكذلك لو كان الثمن مائة، وللمشترى على البائع تسعون درهمًا، فصار ذلك قصاصًا[٣] بما وجب على المشترى، لم يملك المشترى قبض شيء من الثياب حتى ينقد العشرة، اعتبارًا للبراءة الحاصلة بالمقاصة بالبراءة الحاصلة بالإيفاء باليد، وكذلك إذا كان ثمن أحد الأثواب بعينه عشرة دنانير، وثمن الباقي مائة درهم، فنقد الدنانير، أو نقد الدراهم، لم يقبض شيئًا منها، وكذلك لو وقع الشراء على أن ثمن ثوب منها بعينه حال، وثمن الباقي مؤجل، لم يكن له أن يقبض شيئًا حتى ينقد الحال.

ومما يتصل بهذه المسائل:

١١٧٤٣- رجلان اشتريا من رجل عبدًا بألف درهم، فغاب أحدهما، وحضر الآخر،

---

(١) هكذا في النسختين: "ف" و "م"، وكان في النسخة "ظ": على إيجاد الصفة وتفرقها.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) هكذا في النسختين: "ظ" و "ف"، وكان في الأصل: قضاء.

فليس له أن يقبض شيئًا من العبد ما لم ينقد الثمن جملة ؛ لأن الصفقة متحدة، فلا يملك الحاضر تفرقهما، فإن أوفى جميع الثمن قبل القبض، قبض العبد كله، ولا يكون متطوعًا، فإذا حضر الغائب ليس له أن يقبض حصته، حتى يدفع إلى الحاضر ما نقده من حصته، فإذا فعل ذلك، قبض نصيبه، فإن هلك العبد فى يدى الذى قبضه، قبل أن يحضر الغائب [أو بعد ما حضر قبل أن يطلبه، هلك أمانة، حتى إذا حضر الغائب][1] رجع الأول عليه بحصته، وإن حضر الأول، فطلب نصيبه، فمنعه حتى يستوفى ما نقده، ثم هلك، هلك بما نقد عنه بمنزلة المبيع يهلك فى يد البائع، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف: يقال للحاضر: ليس لك أن تقبض شيئًا من العبد، حتى تنقد جميع الثمن، فإذا نقدت جميع الثمن، لم تقبض إلا نصيبك، وكنت متطوعًا مع ذلك عن الشريك، فوجه قول أبى يوسف رحمه الله تعالى أن الغائب لم يرضَ بقبض الحاضر نصيبه، فلا يصح قبضه عليه، وإنما يقبض نصيب نفسه، إلا أنه لا يمكنه قبض نصيب نفسه ما لم ينقد جميع الثمن، لما قلنا، فإذا نقد جميع الثمن، ملك قبض [نصيب نفسه] لأن البائع لما رضى بتسليم الكل عند تسليم جميع الثمن، كان رضى بتسليم النصف عند قبض جميع الثمن، ويكون متبرعًا، إذ لا جبر بما أدى للغائب ملكًا، ولا يدًا، وجه قولهما: إن الحاضر محتاج إلى قبض نصيبه، ولايمكنه قبض نصيبه إلا بقبض الكل، كيلا يؤدى إلى تفريق اليد على البائع، ولايمكنه قبض الكل إلا بأداء الكل، فكان مضطرًا فى أداء ما على الغائب، والمضطر لا يكون متبرعًا، فكان بمنزلة الوكيل[2]، وكان له حبسه بما أدى، كالوكيل، فإذا هلك عبده بعد المنع، صار كالمبيع يهلك فى ضمان البائع.

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "النوادر": أنه يدفع نصف الثمن، ويأخذ نصف المبيع ؛ لأن المستحق عليه نصف [الثمن] وقد أدى، فلو توقف حقه فى قبض نصيبه [التوقف] على أداء ما على صاحبه، وحق الإنسان لا يتوقف على أداء ما على غيره.

١١٧٤٤ - ولو كان البائع أبرأ أحد المشتريين عن حصته من الثمن، أو أخّر عنه شهرًا لم يكن له أن يقبض حصته من العبد، حتى ينقد الآخر حصته من الثمن؛ لأن البراءة الحاصلة بالإبراء، وبالتأخير لا يكون أعلى حالا من البراءة الحاصلة بالإيفاء، وهناك ليس له أن يقبض لنفسه ما لم يوفِ كل الثمن، كذا ههنا.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى "م": فكان بمنزلة الوكيل عن الغائب، فإذا قبضه كان أمانة فى يده كالمبيع . . . إلخ.

١١٧٤٥- ولو أن المشتريين اشترى كل واحد منهما نصفه بخمسمائة، بأن قال: كل واحد منهما للبائع: اشتريت منك نصف هذا العبد بخمسمائة، فقال البائع: بعت، ثم نقد أحدهما حصته، فله أن يقبض نصيبه من العبد؛ لأن الإيجاب وإن كان متّحداً، فالقبول متفرق، فرجحنا التفرق بحكم تفرق التسمية.

وكذلك لو أن البائع أبرأ أحدهما حصته، أو أخر أحدهما عن حصته، كان له قبض نصيبه، وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل -والله أعلم-.

الفصل الثالث[١]

فى قبض المبيع بإذن البائع، أو بغير إذنه وفى تصرف أحد المتعاقدين فى البيع قبل القبض وفيما يلزم المتعاقدين من المؤنة فى قبض البيع وفى تسليم الثمن

١١٧٤٦- قال أصحابنا رحمهم اله تعالى: وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن إذا كان الثمن حالا؛ لأن البائع عين حق المشترى [فى المبيع] فيجب [على المشترى تعيين حق البائع فى الثمن تحقيقًا للتساوى بينهما، ثم تعين النقود بالقبض، فيجب][٢] تقديم القبض فى الثمن، تعيينًا لحق البائع، حتى لو وقع البيع عينًا بعين، أو دينًا بدين، سلما معًا، إذ لا مزية لأحدهما على الآخر، وإن كان الثمن مؤجلا، لم يكن له حق الحبس؛ لأن حق الحبس إنما ثبت للبائع تحقيقًا للتسوية بينهما، وقد سقط حق البائع فى المساواة بحكم التأجيل، فسقط حقه فى الحبس ضرورة، ولو كان بعض الثمن حالا، وبعضه مؤجلا، فله حبسه، حتى يستوفى الحال اعتبارًا للبعض بالكل، ولو بقى من الثمن شىء قليل، كان له حبس جميع المبيع؛ لأن حق الحبس لا يتجزأ.

١١٧٤٧- ولو دفع بالثمن رهنًا، أو كفل به كفيل، لم يسقط حق البائع فى الحبس؛ لأنه وثيقة، والوثيقة توجب تأكد الأصل، وكان حق البائع فى الثمن قائمًا قبل المشترى، فبقى له حق الحبس، ولو أحال المشترى البائع على غريم له بالثمن، لايبطل حق البائع فى الحبس، ولو أحال البائع غريمًا من غرماءه على المشترى حوالة مقيدة بالثمن، يبطل حقه فى الحبس، هكذا ذكر المسألة فى "الزيادات".

ووجه ذلك أن سقوط حق البائع فى الحبس يتعلق بسقوط حقه عن المطالبة بالثمن، لابإبراءة المشترى عن الثمن، بدليل أن الثمن إذا كان مؤجلا سقط حق البائع فى الحبس، وإن بقى الثمن فى ذمة المشترى، فإذا أحال المشترى البائع على غريم من غرماءه، لم يسقط حق البائع عن المطالبة بالثمن، ولكن غير المشترى قام مقام المشترى فى حق تحمل هذه المطالبة،

---

(١) هكذا فى الأصل، والنسختين: "ظ" و "ف"، وكان فى النسخة "م": الفصل الثالث فى حبس المبيع بالثمن، وفى قبض المبيع بإذن البائع، وبغير إذنه، وفى نيابة أحد الحصتين عن صاحبه، وفى تصرف أحد المتعاقدين. . . إلخ.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

فلهذا لا يسقط حق البائع في الحبس.

١١٧٤٨- وإذا أحال البائع غريمًا من غرماءه على المشترى سقط حق البائع عن المطالبة بالثمن، فيسقط حقه في الحبس، وفي "القدوري": إذا أحال المشترى البائع بالثمن على إنسان، أو أحال البائع رجلا على المشترى، سقط حق البائع في الحبس في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد: إذا أحال المشترى البائع بالثمن على إنسان، لم يسقط حق البائع في الحبس، ولو أحال البائع رجلا عليه سقط حقه، وتبين بما ذكر القدوري: أن ما ذكر في "الزيادات" قول محمد رحمه الله تعالى، فأبو يوسف نظر إلى جانب المشترى، وقال: ذمة المشترى قد برئت عن الثمن بالحوالة، فيعتبر بما لو برئت بالأداء، ومحمد رحمه الله تعالى نظر إلى جانب البائع، وقال: إن حق البائع إنما يثبت في الحبس ليتعين حقه في الثمن، فما دام حقه في المطالبة قائمًا، يبقى حقه في الحبس، فإذا أحال البائع رجلا على المشترى، فقد أسقط حق البائع في المطالبة، فبطل حقه في الحبس، أما إذا أحال المشترى البائع على رجل، فحق المطالبة للبائع قائم، لكن المشترى أقام غيره مقام نفسه في حق تحمل المطالبة، فلا يبطل حق البائع في الحبس.

١١٧٤٩- وفي "المنتقى" رواية مجهولة: لو أحال البائع غريمًا من غرماءه على المشترى بالثمن، لم يسقط حق البائع في الحبس، ولو كان الثمن مؤجلا، فلم يقبض المشترى حتى حل الأجل، كان له قبضه[1] قبل نقد الثمن، وليس للبائع منعه؛ لأن حق البائع في الحبس سقط بالتأجيل، والساقط متلاشي لا يقبل العود، ولو أجله بالثمن سنة غير معينة، فلم يحضر المشترى حتى مضت السنة، فالأجل سنة من حين يقبض المبيع في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وإن كانت سنة بعينها، صار الثمن حالا، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: الثمن حال في الوجهين؛ لأن مطلق الأجل ينصرف إلى ما يلي العقد، كمدة الإجارة، فاستوى المعين وغير المعين، ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن التأجيل إنما شرع نظرا للمشترى ليتأخر عنه المطالبة بالثمن مع حصول الانتفاع له بالمبيع والتصرف في المبيع في مدة الأجل ليؤدي الثمن عند مضي الأجل، ويستفضل لنفسه شيئًا، وهذا المعنى إنما يحصل باعتبار الأجل [من] وقت القبض، فيجب [اعتباره ما أمكن، وقد أمكن] اعتباره إذا كانت السنة غير معينة، وأما إذا كانت معينة، فلا؛ لأنها إذا كانت معينة، فإذا فاتت لو أثبت التأجيل

(١) وفي النسخة "م": كان له أن يقبضه قبل نقد الثمن.

فى سنة أخرى كان هذا إثباتًا للحكم فى غير المحل الذى تناوله اللفظ، وهذا لا يجوز، بخلاف ما إذا لم تكن السنة معينة.

١١٧٥٠- ولو كان فى البيع خيار لهما، أو لأحدهما، والأجل مطلق، فابتداءه من حين يلزم، وأما فى خيار الرؤية فالأجل يعتبر من حين العقد؛ لأن التأجيل لتأخير المطالبة إلى وقت مضى الأجل، وذلك إنما يكون فى موضع يجب البدل لولا التأجيل، وذلك من وقت لزوم العقد، فأما خيار الرؤية، فلا يمنع وجوب الثمن، ولا توجه المطالبة بالثمن، فاعتبر التأجيل من وقت العقد، وتسليم المبيع هو أن يخلى بين المبيع وبين المشترى على وجه يتمكن المشترى من قبضه من غير حائل، وكذا التسليم من جانب السلم.

١١٧٥١- وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه: التخلية ليست بقبض، والصحيح مذهبنا؛ لأن التسليم مستحق على البائع، وما يستحق على الإنسان يجب أن يكون له طريق الخروج عن عهدته بنفسه، ولو وقف ذلك على وجود الفعل من غيره، وذلك الغير مختار فى الفعل، يبقى هو فى عهدة الواجب.

وإذا اشترى حنطة بعينها، وخلى البائع بينها وبين المشترى فى بيت البائع، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لا يصير المشترى قابضًا، حتى لو هلكت هلكت من مال البائع، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: يصير المشترى قابضًا، حتى لو هلكت هلكت على المشترى[1].

وعلى هذا الخلاف إذا اشترى خلا فى دن، وخلى البائع بين المشترى، وبين الدن فى بيت البائع، وختم المشترى على الدن، صار المشترى قابضًا للخل عند محمد رحمه الله تعالى، خلافًا لأبى يوسف رحمه الله تعالى، وحاصل الخلاف يرجع إلى أن التخلية فى بيت البائع هل هى صحيحة؟ فعند محمد صحيحة، خلافًا لأبى يوسف رحمه الله تعالى.

[حجة محمد] أن التخلية من البائع قد صحت؛ لأن صحتها بإزالة البائع يده، وقد أزالها حين خلى بينه وبين الطعام، فيجب أن يصير قابضًا، كما لو خلى فى غير [بيت] البائع.

ولأبى يوسف رحمه الله تعالى: أن صحة التخلية بزوال يد البائع، ويد البائع إن زالت حقيقةً لم يزل من حيث الحكم؛ لأن البيت [فى يد البائع] وما فيه [أيضًا] فى يد البائع حكمًا.

١١٧٥٢- وفى "العيون": إذا اشترى من آخر حنطة فى بيت، ودفع البائع المفتاح إلى

---

(١) وفى النسخة "م": هلكت من مال المشترى.

المشترى، وقال: خليت بين الحنطة وبينك، فهذا قبض، ولو دفع المفتاح إليه، ولم يقل: خليت بينها وبينك، فهذا ليس بقبض، ولو قال: خذ، لا يكون قبضًا، ولو قال: خذه، فهو قبض إذا كان يصل إلى أخذه ويراه.

١١٧٥٣- فى "أجناس الناطفى" وفى "فتاوى الفضلى": إذا قال لغيره: بعت منك هذه السلعة، وسلمتها إليك، فقال: ذلك الغير: قبلت، لم يكن هذا تسليمًا حتى يسلمه بعد البيع؛ لأن التسليم حكم البيع، فإنما يعتبر بعد تمام البيع.

ثم لا خلاف أن التخلية يقع القبض إذا كان المعقود عليه بقربهما، فأما إذا كان ببعد عنهما، فقد ذكر الناطفى فى "أجناسه"، وهشام فى "نوادره"، فيمن باع من آخر دارًا، والدار غائبة، فقال البائع للمشترى: سلمتها إليك، وقال المشترى: قبضتها، كان ذلك قبضًا فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إذا كان يقدر على دخولها وإغلاقها، كان قابضًا.

قال فى "العيون": وكذلك الهبة والصدقة، وأشار الخصاف رحمه الله تعالى فى شرح الحيل أن بالتخلية يقع القبض، وإن كان المعقود عليه ببعد عنهما.

١١٧٥٤- قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى: ذكر فى "النوادر": أن الرجل إذا باع ضيعة، وخلى بينها وبين المشترى، إن كانا بقرب من الضيعة، يصير المشترى قابضًا، وإن كان ببعد عنها، لا يصير قابضًا، قال رحمه الله تعالى: والناس عن هذا غافلون، فإنهم يشترون الضيعة فى السواد، ويقرون بالقبض والتسليم فى المصر، وذلك مما لا يصلح به القبض إلا رواية شاذة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى، قال: ولا يؤخذ بتلك الرواية، ولا يعمل بها.

١١٧٥٥- وفى "فتاوى الفضلى": إذا باع دارًا من إنسان ببلدة أخرى، ولم يسلمها إليه إلا باللفظ، ثم امتنع المشترى عن تسليم الثمن، كان له ذلك؛ لأن تسليم الثمن إنما يجب عند قدرة البائع على تسليم المبيع، والبائع فى هذه الصورة غير قادر على تسليم المبيع فى الحال، فهذه المسألة دليل على أن بالتخلية، لا يقع القبض إذا كان المعقود عليه ببعد من العاقدين.

١١٧٥٦- وفى "نوادر هشام": عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر سمكة، وهى مشدودة بخيط فى الماء، فقبضها المشترى كذلك، ثم ناول الخيط البائع، وقال: احفظها، فجاءت سمكة، وابتلعت المشدودة، فالتى ابتلعت المشدودة للممسك[1] ليس

---

(١) كذا فى "ظ".

للمشترى، زاد فى "كتاب العلل"، فقال: التى ابتلعت المشدودة للبائع إذا كان البائع هو الذى مد الخيط، وأخرجها؛ لأنه هو الذى صادها، وأما المشدودة فهى للمشترى، فإن كانت المشدودة هى التى ابتلعت الجائية، فهما جميعًا للمشترى، سواء كان قبض المشترى المشدودة، أو لم يقبضها؛ لأن الجائية كسب ملكه، وإن كان المشترى لم يقبض المشدودة، فابتعلت الجائية المشدودة، فالمشترى بالخيار إذا أخرجت المشدودة من بطن الذى ابتلعتها، وقد أضرت بها، وأثرت، إن شاء أخذها، وإن شاء ترك.

١١٧٥٧- فى "كتاب العلل": إذا أخذ البائع الآكلة، وتسلم[1] المشدودة إلى المشترى جاز، وإن عجز عن تسليم الآكلة، فقد عجز عن تسليم المبيع، فيخير المشترى، كما لو أبق العبد المشترَى قبل القبض، فإن كان المشترى قبض السمكة المشدودة، ثم قال للبائع: أمسكها لتصيد بها، فما كان من ذلك، فهو للمشترى.

زاد فى "كتاب العلل": وإن مد البائع الخيط، فإن البائع كالعون له؛ لأن المشترى إنما ترك المشدودة ليصطاد بها، فهو بمنزلة ما لو نصب شبكة، ووقع فيها صيد، فقال الآخر: مد فم الشبكة، ففعل.

١١٧٥٨- وفى "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر دارًا بالكوفة، وهما ببغداد، وقبض البائع الثمن، ولم يسلم الدار حتى خاصمه المشترى فيها، فإن القاضى يأمر بائع الدار أن يوكل وكيلا بشخص، ثم يخرج[2] مع المشترى إلى الكوفة، فيأخذ الدار، ويأخذ المشترى كفيلا من البائع بنفسه، ويوكل المشترى هنا وكيلا بخصومة البائع، ثم يخرج المشترى إلى الدار مع الوكيل، ويكتب قاضى بغداد له إلى قاضى الكوفة بما استقر عنده من أمرهما، فإن كتب قاضى الكوفة إلى قاضى بغداد أن الوكيل لم يسلم الدار، يعنى جحد الوكالة، وادعاها لنفسه، حبس القاضى البائع فى السجن حتى يسلم وكيله الدار.

١١٧٥٩- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": إذا باع دارًا، وسلمها إلى المشترى، وفيها متاع قليل للبائع، لا يصح التسليم حتى يسلمها إليه فارغة؛ لأن يد البائع قائمة، وقيام يد البائع تمنع صحة التسليم، وإن أذن البائع للمشترى بقبض الدار والمتاع صح التسليم؛ لأن المتاع صار وديعة عند المشترى، فزالت يد البائع عن الدار.

---

(١) فى "ظ": وسلّم.

(٢) وفى النسخة "م": أن يوكل وكيلا بشخص مع المشترى، ويسلم الدار إليه، ويأخذ المشترى كفيلا من البائع بنفسه، ويوكل.

وكذلك إذا باع أرضًا، فيها زرع البائع، وسلم الأرض إلى المشترى لا يصح التسليم.

١١٧٦٠- ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "السير الكبير": إذا ولى الإمام رجلا بيع الغنائم، فجعل ذلك الرجل الأرماك فى حظيرة، وباع رمكة منها، وقال للمشترى: أدخل الحظيرة، واقبض الرمكة، فقد خليت بينك وبينها، فدخل الرجل الحظيرة ليقبض الرمكة، فعالجها، فانفلتت منه، وخرجت من باب الحظيرة، وذهبت، ولا يدرى أين ذهبت، ينظر فى ذلك، إن كان المشترى لا يقدر على أخذها، فالهلاك على البائع؛ لأن المشترى لم يصر قابضًا لها، لا حقيقةً، وهذا ظاهر، ولا حكمًا؛ لأنه لم يتمكن من قبضها، إذا كان لا يقدر على أخذها، وإن كان المشترى يقدر على أخذها، فالهلاك على المشترى؛ لأنه صار قابضًا لها حكمًا، ثم فى هذا الوجه يستوى الجواب بين ما إذا كان لا يقدر المشترى على أخذها من غير كلفة ومشقة، وبين ما إذا كان يقدر على أخذها بكلفة ومشقة، ففى الحالين جميعًا يصير قابضًا لها بالتخلية؛ لأن المعتبر فى هذا الباب التمكن من القبض لا غير، ألا يرى أن من اشترى من آخر صبرة عظيمة مشارًا إليها، وخلى البائع بينها وبين المشترى، يصير المشترى قابضًا لها، وإن كان لا يقدر على قبضها إلا بكلفة ومشقة.

وإن كان المشترى لا يقدر على أخذها وحده، ويقدر على أخذها لو كان معه أعوان، أو له فرس، ينظر إن كان الأعوان أو الفرس معه يصير قابضًا، وإن لم يكن الأعوان أو الفرس معه، لا يصير قابضًا.

١١٧٦١- وإن كانت الرمكة فى يد البائع، وهو ممسك لها، فقال للمشترى: هاك الرمكة، فأثبت المشترى يده عليها حتى صارت الرمكة فى أيديهما، والبائع يقول للشمترى: خليت بنيك وبينها، وأنا لا أمسكها منعًا لها منك، وإنما أمسكها حتى تضبطها، فانفلتت من أيديهما، فالهلاك على المشترى؛ لأن المشترى قابض لنصفها حقيقةً، ولنصفها حكمًا، لتمكنه منه؛ لأن البائع لا يمنعه من ذلك.

فإن قيل: الرمكة فى يد البائع حقيقةً، وقيام يد البائع عليها يمنع ثبوت يد غيره عليها، قلنا: قيام يد الإنسان على المحل يمنع ثبوت يد غيره عليه على طريق المنازعة والمقابلة، لا على طريق التمكين إياه، ويد البائع ثابتة على الرمكة على طريق تمكين المشترى، وإعانته إياه على تقرير يده[1]، فلا يمنع ذلك صحة قبض المشترى.

---

(١) وفى النسخة "م": على تعدية يده.

١١٧٦٢- وإن كانت الرمكة في يد البائع، ولم يصل إليها يد المشترى، فقال البائع للمشترى: خليت بينها وبينك، فاقبضها، فإني إنما أمسكها لك، فانفلتت من يد البائع قبل أن يقبض المشترى، وهو يقدر على أخذها من البائع وضبطها، كان الهلاك على البائع، بخلاف ما إذا كانت الرمكة في أيديهما، والبائع لا يمنعها من المشترى، فانفلتت، فإن هناك الهلاك على المشترى.

والفرق أن المشترى لا يصير قابضًا للمشترى ما لم يزل قبض البائع، ومتى كانت الرمكة في أيديهما، والبائع لا يمنع، فقد زال قبض البائع حكمًا؛ لأن يد المشترى ثابتة على أحد النصفين حقيقةً، وعلى النصف الآخر ثابتة حكمًا؛ لما مر، ويد البائع ثابتة على أحد النصفين لا غير، فكان قبض البائع دون قبض المشترى، فيرتفع بقبض المشترى، وأما إذا كانت الرمكة كلها في يد البائع، فلم يزل قبض البائع حكمًا؛ لأن جميع الرمكة في يد البائع حقيقةً، ويد المشترى ثابتةعليها حكمًا إذا كان لا يمنعها البائع عن المشترى، فكان قبض المشترى دون قبض البائع، فلايرتفع به قبض البائع، ومع قيام قبض البائع لا يعتبر قبض المشترى، وبخلاف ما إذا لم تكن الرمكة في يد البائع، ولا في يد المشترى، وهي بقرب من البائع والمشترى بحيث لو أراد المشترى قبضها أمكنه ذلك، فقال البائع للمشترى: خليت بينك وبينها، فانفلتت في هذه الحالة، كان الهلاك على المشترى؛ لأن الثابت لكل واحد منهما أعني البائع والمشترى في هذه الصورة التمكن من القبض لا القبض الحقيقي، فكان يد كل واحد منهما مثل يد صاحبه، فجاز أن يزول يد البائع بيد المشترى، وإن كانت الرمكة ببعد من المشترى والبائع، فقال البائع للمشترى: خليت بينها وبينك، فهذا لا يكون قبضًا، وقد مر هذا في فصل الضيعة والدار.

وسئل شمس الأئمة الأوزجندي رحمه الله تعالى عن فرس بين اثنين، وهو في المرعى، باع أحدهما نصيبه من صاحبه، وقال للمشترى: اذهب واقبضه، وهلك الفرس من قبل أن يذهب المشترى إليه، قال الهلاك عليهما؛ لأن المشترى لم يقبض المشترى، لا حقيقةً ولا حكمًا، فكان الهلاك عليهما.

١١٧٦٣- وقعت في زماننا أن رجلا اشترى بقرة من رجل، وهي في المرعى، فقال له البائع: اذهب واقبض البقرة، فأفتى بعض مشايخنا أن البقرة إن كانت برأى العين، بحيث يمكن الإشارة إليها، فهذا قبض، وما لا فلا، وهذا الجواب ليس بصحيح، والصحيح أن البقرة إن كانت بقربهما بحيث يتمكن [المشترى] من قبضها لو أراد، فهو قابض لها، بدليل مسألة الرمكة التي ذكرناها، ولوكان المشترى اشترى الأرماك كلها في الحظيرة، وخلى البائع بينها

وبين المشترى، والأرماك بحيث لا يقدر على الخروج إلا بفتح الباب، ففتح المشترى باب الحظيرة ليدخل، فدخل يأخذ [بعض] الرماك [فغلبته الرماك، وخرجت من الحظيرة، وذهبت، فالهلاك على المشترى، والثمن لازم، سواء كان المشترى يقدر على أخذها لو دخل الحظيرة، أو لا يقدر، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا كان [المشترى] يقدر على قبضها(١) لو دخل الحظيرة؛ لأن المشترى صار قابضًا لها لما تمكن من قبضها مشكل فيما إذا كان لا يقدر على قبضها لو دخل الحظيرة؛ لأن المشترى لم يقبضها لا حقيقةً [باليد] ولا حكمًا بالتمكن من القبض، فينبغى أن يكون الهلاك على البائع فى هذه الصورة، ألا ترى لو فتح غير المشترى الباب، وكان المشترى لا يقدر على أخذ الرماك لو دخل الحظيرة، فانفلتت رمكة، وذهبت لا يكون الهلاك على المشترى؛ لأن المشترى لم يصر قابضًا لها لما لم يكن متمكنًا من قبضها، والجواب صحيح، إذ الجواب فى الوجهين؛ لأن المشترى إذا كان لا يقدر على قبض الرماك، إن كان(٢) لا يصير قابضًا لها بالتمكن من القبض، يصير قابضًا لها بالإتلاف، والقبض كما يتحقق من المشترى بالتمكن من القبض يتحقق منه بالإتلاف(٣).

١١٧٦٤- ألا يرى أن من اشترى عبدًا، والعبد بعد منه، بحيث لا يتمكن من قبضه لو أراد قبضه، فأعتقه، يصير [قابضًا له] حتى يتأكد عليه الثمن، وما صار قابضًا لتمكنه من القبض؛ لأن العبد ببعد منه، وإنما صار قابضًا بالإتلاف، كذا هنا، وبيان الإتلاف أن فتح الباب سبب خروج الرمكة وإتلافها، فيقام مقام مباشرة الإخراج، والإتلاف خرج على هذا ما إذا كان فاتح الباب غير المشترى.

ولا يلزم أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله تعالى ما إذا فتح الرجل باب قفص إنسان، أو باب إصطبل إنسان، فطار الطير، أو خرجت الدابة من فوره ذلك؛ فإنه لا يضمن الفاتح عندهما مع أنه تسبب لإخراج الدابة والطير بفتح الباب؛ لأن هناك لو ضمن الفاتح إنما ضمن ضمان غصب؛ لأنه لم يوجد منه عقد ضمان فى حق الطير والدابة، والمشترى فى فصل الرمكة لو ضمن بفتح الباب، ضمن ضمان العقد؛ لأنه لو(٤) وجد منه عقد ضمان فى حق الرمكة،

---

(١) وفى النسخة "ظ": على أخذها.

(٢) فى النسخة "ظ": بأن لا يصير.

(٣) وفى النسخة "م": بإتلاف المشترى.

(٤) هكذا كان فى الأصل، والصحيح إسقاط كلمة "لو"، كما فى النسخة "م".

وقد جرى في نقص ضمان العقد من السهولة ما لم يجر في ضمان الغصب، ألا يرى أن المشتري يصير قابضًا بحكم العقد، وضامنًا بالتمكن من قبض ما اشترى، ولا يثبت الغصب بمجرد التمكن بالقبض فكذا هنا.

١١٧٦٥- وفي "فتاوى أهل سمرقند": إذا اشترى طيرًا في بيت، والباب مغلق، فهب الريح في الباب، وفتح الباب، وطار الطير، لا يصح التسليم، وإن فتح المشتري الباب، وطار الطير، صح التسليم، وهذا الجواب ليس بصحيح، وإنما الصحيح من الجواب أن المشتري إذا كان بحال يمكنه قبض المشتري بيده من غير أعوان، أو مع أعوان، إلا أن الأعوان معه يصير قابضًا، حتى لو انفتح الباب، فطار الطير، ذهب من مال المشتري، سواء انفتح الباب بفتح المشتري، أو بهبوب الريح، أو بفعل أجنبي، وإن كان بحال لا يمكنه الأخذ أصلا، أو كان يمكنه بعون، إلا أن الأعوان ليسوا معه، فإن انفتح الباب بفتح المشتري، وذهب الطير، ذهب من مال المشتري، فإن انفتح بهبوب الريح، أو بفتح الأجنبي ذهب من مال البائع، بدليل مسألة الشرى.

١١٧٦٦- اشترى من آخر دهنًا معينًا، ودفع إليه قارورة ليزنه فيها، فوزن بحضرة المشتري، صار المشتري قابضًا، وإن كان في دكان البائع أو بيته؛ لأن وزن البائع هنا منقول إلى المشتري؛ لأن الأمر به قد صح، وإن وزن بغيبة المشتري، ذكر بعض المتقدمين في شرح "الجامع": أن المشتري لا يصير قابضًا، والصحيح أنه يصير قابضًا؛ لما ذكرنا.

ولو أن البائع حين صب فيها رطلا، انكسرت، وهما لا يعلمان[1] بذلك، فما صب قبل الانكسار [يهلك على المشتري، وما صب بعد الانكسار، يهلك على البائع، وإن بقي في القارورة شيء بعد الانكسار مما وزن قبل الانكسار، فصب البائع في القارورة رطلا حتى خرج الكل من القارورة، فالبائع يصير ضامنًا للمشتري، مثل ما بقي في القارورة بعد الانكسار مما وزن قبل الانكسار][2]، وإن دفع المشتري القارورة منكسرة إلى البائع، ولم يعلمه بذلك، فصب فيه بأمر المشتري، فذلك كله على المشتري.

١١٧٦٧- ولو أن المشتري أمسك القارورة بنفسه، ولم يدفعها إلى البائع، والمسألة بحالها، كان الهلاك في جميع ما ذكرنا على المشتري.

---

(١) وفي النسخة "ظ": لا يضمنان بدلا من لا يعلمان.

(٢) هكذا في النسختين: "ظ" و"ف".

١١٧٦٨- وفي "المنتقى": لو دفع القارورة إلى البائع منكسرة، ولا يعلم به المشترى، والبائع يعلم، وكاله فيه، فتلف، فالبائع متلف له، ولا شيء على المشترى، ولو علم به المشترى، ولم يعلم به البائع، أو كانا يعلمان به وكاله فيه، فالمشترى قابض له.

١١٧٦٩- قال هشام في "نوادره": سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن رجل اشترى من آخر شيئًا، وأمره المشترى أن يجعله في وعاء المشترى، فجعله فيه ليزنه عليه، فانكسر الإناء، وتوى ما فيه، فهو من مال البائع؛ لأنه إنما جعله في إناء المشترى ليزنه، فيعلم وزنه لا للتسليم إلى المشترى [فإن وزنه] ثم انكسر الإناء، فهو من مال البائع أيضًا، وإن وزنه في شيء للبائع، ثم جعله في إناء المشترى، ثم انكسر، فهو من مال المشترى، وإن قال المشترى للبائع: أن لي في هذا الإناء كذا كذا، أو ابعث به مع غلامك، أو قال: مع غلامي، ففعل، وانكسر الإناء في الطريق، قال: هو من مال البائع، حتى يقول: ادفعه إلى غلامك، أو قال: إلى غلامي، فإذا قال ذلك، فهو وكيل، فإذا دفعه إليه، فكأنه دفعه إلى المشترى، فيكون الهلاك على المشترى.

١١٧٧٠- وفي "مجموع النوازل": إذا اشترى من قروى وعاء هديد، وأمره أن يذهب إلى منزله، فسقط في الطريق، وهلك، فالهلاك على البائع إن لم يقبضه المشترى.

١١٧٧١- رجل باع من آخر ثوبًا، وأمره أن يقبضه، فلم يقبضه حتى أخذ إنسان الثوب، فإن كان حين أمره البائع بالقبض أمكنه القبض من غير قيام، صح التسليم، وإن كان لا يمكنه القبض إلا بقيام لا يصح التسليم.

١١٧٧٢- في "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": وفيه أيضًا إذا اشترى من آخر دابة، والبائع راكبها، فقال له المشترى: احملني معك، فحمله معه، فهلكت الدابة، هلكت من مال المشترى؛ لأن ركوب المشترى قبض منه، وقيل: إن كان المشترى ركب على السرج، والبائع رديفه، يصير قابضًا، وما لا فلا، وإن لم يكن عليه سرج، فهو قابض كيف ما كان، ولو كانا راكبين، فباع أحدهما من صاحبه لايصير قابضًا، بمنزلة ما لو باع دارًا، والبائع والمشترى في الدار.

١١٧٧٣- رجل اشترى من آخر حنطة بعينها، ثم قال للبائع: أعرني جوالقك هذا، أو قال: جرابك هذا، وكِل لي ما اشتريت منك حتى أرجع، فأحمله، فذهب المشترى، ففعل البائع ذلك، فضاعت الحنطة، فهذا ليس بقبض حتى يدفع إليه المشترى آنية له، يكيل فيها الطعام، أو يقبض منه المشترى وعاء التي استعارها، ويدفعها إليه، فإذا كان كذلك، فهو قبض، هكذا رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى.

١١٧٧٤- وذكر عمرو بن عمرو عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال المشترى للبائع: أعرنى جوالقك هذا، وكله فيه، ففعل صار المشترى قابضًا [ولو لم يقل: هذا، والباقى بحاله لا يصير قابضًا.

وفى "القدورى": فقال أبو يوسف: إذا استعار المشترى من البائع جوالقًا، وأمره أن يكيل فيها، فإن كانت الجوالق بعينها صار المشترى قابضًا][1] بالكيل فيه، وإن كانت بغير أعيانها، نحو أن يقول: أعرنى جوالقًا، وكله فيها، ففعل، فإن كان المشترى حاضرًا، فهو قبض، وإن كان غائبًا، لم يكن قبضًا.

وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يكون قابضًا فى الغيبة فى الوجهين، حتى يقبض الجوالق منه، ثم يسلمها إليه، فإذا على ما ذكره القدورى بينهما آنفًا، فإن المشترى إذا لم يعين الغرائر، لم يصر المشترى قابضًا بكيل البائع حال غيبة المشترى، وهذا لأن البائع بالكيل عامل لنفسه من وجه من حيث إنه يميز ملكه عن ملك المشترى، وعامل للمشترى من وجه من حيث إنه يميز ملك المشترى، فينتقل فعله إلى المشترى من وجه دون وجه، فلا يثبت القبض بالشك بمجرد الأمر بالكيل، بخلاف ما لو دفع إليه غرائر بعينه، حيث يصير قابضًا بجعله فى غرائره بعد الكيل والتميز؛ لأنه عامل فى هذا للمشترى من كل وجه، فيصير فعله منقولا فى هذا إلى المشترى من كل وجه، ويصير كأن المشترى هو الذى [جعل] فى الغرائر بعد الكيل والتميز، ولأن الاستعارة مع الجهالة لا يصح، فقبل التعين لا تصير الغرائر للمشترى، لا ملك منفعة ولا ملك رقبة، فلا يحصل الجعل فى غرائر المشترى، وبدون الجعل فى غرائر المشترى لا يصير المشترى قابضًا، وأما إذا عين الغرائر، وأمره بالكيل فيها، ففعل بعينه المشترى، فعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يصير قابضًا؛ لأن العارية لا تتم بدون القبض، وما لا تتم العارية لا تصير [الغرائر] للمشترى، لا ملك منفعة، ولا ملك رقبة.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يصير قابضًا؛ لأن استعارة الغرائر غير مقصودة بعينها، وإنما يثبت حكمًا لتصحيح القبض، وكانت قصدية من وجه، حكمية من وجه، فشرطنا التعيين لكونها قصدية، ولم نشترط القبض لكونها حكمية.

١١٧٧٥- وفى "القدورى" أيضًا: إذا اشترى من آخر كرًا بعينه، وله على البائع كرّين، فأعطاه جوالقًا، وقال: كِلهما فيه، فإن كان العين أولا، ثم الدين، صار المشترى قابضًا لهما،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من بقية النسخ.

أما للعين فظاهر، وأما للدين فلأن البائع خلطه بمال المشترى بأمره، وهذا سبب [ملك] لو وجد من الآمر، فإن خلط الجنس سبب ملكه، وإذا كان هذا سبب ملك، كان المشترى آمرا للبائع أن يباشر له سبب ملك، فيكون عاملا للمشترى بأمره، كما لو أمره بالشراء، فاشترى، وإن كان الدين أولا، ثم العين، لم يصر قابضًا للدين، وكان قابضًا للعين، فكانا شريكين فيه، وهذا قول محمد رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف: يصير قابضًا لهما؛ لأن خلط الجنس بالجنس استهلاك، فإذا خلط الدين بملك المشترى بأمره، صار المخلوط ملكًا للمشترى، فصار قابضًا له، لاتصاله بملكه.

وجه قول محمد رحمه الله تعالى: إن المشترى لو صار قابضًا الدين، إما أن يصير قابضًا بالكيل، أو بجعل المكيل فى غرائر المشترى، لا وجه إلى الأول؛ لأن الكيل لم يصر منقولا إلى المشترى؛ لأن أمره بالكيل لم يصح؛ لأن الكيل يلاقى ملك المديون، فلا يصير المكيل منقولا إلى المشترى، كما قبل الأمر، ولا وجه إلى الثانى، وإن صح الأمر من المشترى بجعل الحنطة فى غرائره من حيث إنه يصير فى الغرائر، والغرائر ملك المشترى؛ لأن جعل المديون الدين فى غرائر المشترى لايصير منقولا إلى المشترى؛ لأن المديون فى ذلك عامل لنفسه؛ لأن الحنطة ملك المديون، وقد أذن له المشترى أن يجعلها فى غرائره، فصار معيرًا الغرائر من المديون، والمستعير فى الانتفاع فى العارية عامل لنفسه، وإن كان بأمر المعير، ولهذا كان قرارًا الضمان على المستعير، وإذا صار عاملا لنفسه فيما صح الأمر به، لم يصر منقولا إلى الآمر، وإذا لم يصر فعله منقولا إليه، لا فى حق الوكيل، ولا فى جعله فى الغرائر، صار الحال بعد الأمر كالحال قبله، وقبل الأمر لا يصير قابضًا بهذا، فكذا ههنا، بخلاف شراء العين؛ لأن هناك فعل البائع وهو الكيل و جعل الحنطة فى غرائر المشترى صار منقولا إلى المشترى؛ لأن البائع فى جعل الحنطة فى غرائر المشترى عامل للمشترى؛ لأنه يضع ملكه فى ملكه، ومنفعة ذلك له، وكان عاملا له، فانتقل فعل البائع إلى المشترى حكمًا، وصار كأن المشترى فعل ذلك بنفسه، فلهذا صار قابضًا.

١١٧٧٦ – وعن هذا قلنا: إن فى فصل العين إذا أمر المشترى البائع بالطحن، فطحن، يصير المشترى قابضًا، وفى الدين لا يصير؛ لأن الأمر بالطحن من المشترى قد صح؛ لأنه لاقى ملك المشترى، ومنفعته تعود إليه، فانتقل فعل البائع إليه، أما الأمر بالطحن من رب الدين فلم يصح؛ لأنه لاقى ملك المديون، فلم ينتقل فعله إلى رب الدين.

وإذا ثبت من مذهب محمد رحمه الله تعالى أن المشترى لم يصر قابضًا للدين فى هذه

الصورة، بقى دين المشترى على البائع على حاله، وبقى الكر فى الجوالق على ملك المديون، ولكن صار قابضًا للعين على مذهبه، على ما مر، وصار البائع خالطًا ملك المشترى بملك نفسه بأمر المشترى، فكانا شريكين فيه.

١١٧٧٧- ولو أحدث المشترى فى المبيع عيبًا، أو أحدث البائع بأمره، فهو قبض من المشترى، أما إذا أحدث المشترى، فلأن هذا لا يتأتى إلا بالاستيلاء على المحل [وذلك فوق القبض حقيقةً فى إثبات القدرة على المحل](١)، وأما إذا فعل البائع بأمره، فلأن فعل غيره بأمره كفعله بنفسه، وكذلك لو أعتقه المشترى، أو دبره، أو أقر أن الجارية أم ولد له، فهو قبض من المشترى، فأما الإعتاق فلأنه إبطال المحل(٢) حكمًا، فيعتبر بالإتلاف حقيقةً [وما عدا الإعتاق من التدبير والإقرار بأمته الولد، ينتقص حكمًا، فيعتبر بالتنقيص حقيقةً](٣)، وهو التعييب.

١١٧٧٨- ولو زوج المشترى الأمة [المشتراة] قبل القبض من إنسان، فالقياس أن يكون قابضًا بنفس النكاح، وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله تعالى، وفى الاستحسان: لا يصير قابضًا ما لم يطأه الزوج؛ وهذا لأن النكاح ليس بتعييب من حيث [إتلاف] الملك وتنقيص المالية، بل هو تعييب حكمى من حيث قلة رغبات الناس، فهذا فى معنى نقصان السعر، بخلاف الإعتاق والتدبير؛ لأن ذلك إتلاف الملك وتنقيص المال، فلهذا افترقا، فإذا وطئها الزوج الآن، يصير قابضًا؛ لأن الوطء استيلاء على المحل، وقد فعل الزوج بتسليط المشترى، فيعتبر بما لو فعل المشترى بنفسه.

١١٧٧٩- فرع على مسألة النكاح فى "المنتقى": فقال: رجل اشترى من رجل جارية، وزوجها من رجل قبل القبض، وماتت الجارية قبل أن يدخل بها الزوج، ينتقض البيع، ويموت من مال البائع، بناء على ما قلنا: إن المشترى بنفس النكاح لم يصر قابضًا، فإذا ماتت [فقد] ماتت قبل القبض، وهلاك المبيع قبل القبض يوجب انتقاض البيع [ثم] قال: ويكون المهر الذى على الزوج للمشترى، وعليه حصته من الثمن، يقسم الثمن على المهر وعلى قيمة الجارية، فما أصاب المهر من الثمن لزمه، ويتصدق [بالفضل] إن كان فى المهر فضل، قال: والمهر فى هذا بمنزلة الولد، ولا يشبه المهر الهبة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى النسخة "م": فلأنه إتلاف للمحل حكمًا.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ولو وهب للجارية هبة، فإن الهبة لا حصة لها في الثمن، قال: لأن المهر من الجارية، ألا ترى أن الجارية المرهونة[1] إذا وطئت، كان المهر رهنًا معها، ولو وهبت هبة، كانت الهبة للراهن[2]، ولم تكن رهنًا.

١١٧٨٠ - قال ثمه أيضًا: رجل اشترى من رجل عبدًا بجارية، فلم يتقابضا حتى زوج المشترى الجارية من إنسان بمائة درهم، ثم مات العبد في يد البائع قبل أن يدفعه إلى مشترى العبد، فإن العقد ينتقض فيما بينهما، ورجعت الجارية إلى الذى كانت له، ومهرها له، ويرجع الذى كانت الجارية له على مشتريها بقدر النقصان، قال: ولا يكون نكاح المشترى إياها قبضًا منه لها، وإن كان هذا عيبًا، فليس بعيب في يدها، ألا ترى أن المشترى لو أقر بدين عليها في يد البائع قبل القبض جاز إقراره عليه، وكان ذلك عيبًا أحدثه فيها، ولم يصر به قابضًا لها ما كان الطريق إلا ما قلنا.

١١٧٨١ - وذكر هذه المسألة في موضع آخر من "المنتقى"، وزاد في وضعها: فقال: رجل اشترى من رجل جارية بعبد، فقبل أن يقبض المشترى الجارية زوجها المشترى [من رجل] بمائة درهم، وقد كانت الجارية تساوى قبل التزويج ألفى درهم، فنقصها التزويج خمسمائة، ثم وطئها الزوج في يد البائع، ثم مات العبد قبل التسليم إلى مشتريه، قال: المهر للذى باعها، ويكون له الخيار إن شاء أخذ جاريته ناقصة، ولا شيء له غيرها، وإن شاء ضمن [مشتريها قيمتها] يوم وطئها الزوج [لأن ذلك اليوم هو اليوم الذى قبضها فيه المشترى، وهذا][3]؛ لأن بموت العبد قبل القبض فسد البيع في الجارية، والمبيع بيعًا فاسدًا مضمون على المشترى بقيمته يوم القبض، ويوم قبض المشترى يوم وطىء الزوج إياها، ولو كان المشترى زوجها من البائع قبل القبض، فوطئها الزوج، ثم مات العبد قبل التسليم، فإن بائع الجارية إن شاء سلم الجارية لمشتريها منه، وضمنه قيمتها يوم وطئها هو بحكم النكاح من قبل أن المشترى صار قابضًا لها بوطء الزوج، ولا يغرم البائع مهر مثلها للمشترى، وإن شاء بائع الجارية نقض البيع فيها، وأخذ جاريته من المشترى، وفسد النكاح، وبطل المهر، و[الخيار] في نقض البيع فيها، وتركها إلى بائعها، دون مشتريها، وينتقض البيع بنقضه، وإن لم ينقضه القاضى، ألا يرى أن في البيع

---

(١) وفي النسخة "ظ": أن الجارية الموهوبة.

(٢) هكذا في النسختين: "م" و"ف"، وكان في الأصل والنسخة "ظ": للواهب مكان للراهن.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

الفاسد إذا قبض البائع الجارية من المشترى ونقض البيع فيها[1] ينتقض البيع، وإن لم ينقضه القاضى.

وإن كان المشترى زوجها إياه بعد ما قبضها بأمره، والباقى بحاله، لم يكن للبائع سبيل على الجارية من قبل أنه وجب مهر بعد القبض، ولا يستطيع بائعها أن يأخذها، ويأخذ معها مهراً لم يكن فى البيع، ويضمن المشترى قيمتها يوم قبضها، وسلم هى للمشترى، ويكون المهر على البائع، والنكاح صحيح.

١١٧٨٢- ولو كان المشترى قبضها بغير أمر البائع، ثم لقى البائع، فزوجها إياه، وقد علم البائع بقبضه لها، أو لم يعلم، فإن هذا لا يكون تسليمًا عن البائع للمشترى؛ لأن تزويجه إياها قبل القبض صحيح، فإن وطئها البائع بعد ذلك فى يد المشترى بحكم النكاح، فإن هذا تسليم من البائع لقبضه، فإن مات العبد قبل التسليم، لم يكن للبائع على الأمة سبيل من قبل أنه واجب لها فى يد المشترى مهر؛ لأن قبضه الأول قد سلم له.

١١٧٨٣- وفى "العيون": [رجل] اشترى من غيره فصّا فى خاتم بدينار، فدفع البائع الخاتم إليه، فهلك فى يده، فإن أمكن نزع الفص من غير ضرر، فعليه ثمن الفص لا غير؛ لأن التسليم قد صح، فيتأكد الثمن، وهو فى الخاتم أمين، وإن لم يكن نزع الفص إلا بضرر، لا شىء عليه؛ لأنه لا يصح التسليم.

١١٧٨٤- وفى "القدورى": لو باع قطنًا فى فراش، أو حنطة فى سنبل، وسلم كذلك، فإن كان المشترى لا يتمكن إلا بفتق الفراش ودق السنبل لم يصر قابضًا؛ لأن المشترى لا يملك التصرف فى ملك البائع، والفتق والدق تصرف فى ملك البائع، فلم يكن مملوكًا للمشترى، فلم يصر المشترى متمكنًا من المبيع، فلم يصر قابضًا.

١١٧٨٥- قال: ولو باع الثمرة على الشجرة، وسلمه كذلك، صار قابضًا؛ لأنه لايحتاج فى نقض المبيع إلى إحداث فعل فى ملك البائع، فلا يمنع صحة التسليم.

نوع آخر منه:

١١٧٨٦- إذا قبض المبيع بغير إذن البائع، كان للبائع أن يسترده منه حتى يستوفى الثمن؛ لأن حق الحبس كان ثابتًا للبائع إلى أن يستوفى الثمن، وحق الإنسان لا يبطل من

---

(١) وفى النسخة "ظ": فيها.

غير رضاه، ولو تصرف المشترى فى ذلك تصرفًا يلحقه النقض، بأن باع، أو وهب، أو رهن، أو آجر، أو تصدق، نقض التصرف، وإن كان لا يلحقه الفسخ، كالعتق والتدبير، والاستيلاد، لم يملك البائع رده إليه، والفرق وهو أن تصرف المشترى حصل فى ملكه، والنقض عليه لحق البائع، ولكن إنما يجب رعاية حق البائع عند الإمكان، فإذا كان تصرف المشترى قابلا للنقض، فالإمكان ثابت، ولا كذلك ما إذا لم يكن تصرف المشترى قابلا للنقض.

١١٧٨٧ - ولو نقده الثمن، فوجده البائع زيوفًا، أو ستوقًا، أو مستحقّا، أو وجد بعضه كذلك، كان للبائع منعه، فإن كان المشترى قبضه بغير إذن البائع بعد ما نقد الزيوف، أو الستوق، فللبائع أن ينقض قبضه، ولو تصرف فيه المشترى[١]، نقض تصرفه؛ لأن ما نقد ليس حق البائع، فصار وجوده والعدم بمنزلة، فصار كأنه قبض بغير إذن البائع قبل نقد الثمن، وهناك قد ذكرنا أن للبائع أن ينقض قبض المشترى وتصرفه إذا كان تصرفًا يحتمل النقض، كذا هنا.

١١٧٨٨ - ولو قبضه بأمره، ثم وجد الدراهم المقبوضة زيوفًا، لم يكن للبائع أن يسترده، وقال زفر: له أن يسترده، وهو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الأول.

ووجه ذلك أن البائع إنما سلم المبيع بناء على أن المقبوض من الثمن حقه، وقد تبين أنه لم يكن حقّا له؛ لأن حقه فى الجياد، والمقبوض زيوف، فلم يتم رضاه بالتسليم، وكان له أن يعيده إلى يده بمنزلة الرهن، فإن الراهن إذا سلم الدين، وقبض المرهون بإذن المرتهن، ثم وجد المرتهن المقبوض زيوفًا، كان له أن يرد المقبوض، ويسترد الرهن، كذا هنا.

ولنا أن الزيوف من جنس حقه، ولهذا لا يجوز[٢] به فى الصرف، والسلم يجوز، إلا أن بها عيبًا، والعيب لا يبدل الجنس، ولما كان من جنس حقه، فإذا أذن له بالقبض بناء على ما وجد من الاستيفاء، وذلك يصلح أن يكون استيفاء، يسقط حقه فى الجنس، وعمل إذنه، والساقط لا يحتمل العود، بخلاف الرهن؛ لأن ما ثبت للمرتهن من ملك اليد والجنس[٣] لا يبطل، وإن وجد قبض الرهن بإذن المرتهن، ألا يرى أن المرتهن لو سلم الرهن إلى الراهن

---

(١) وفى "م": فإن كان تصرف فيه المشترى.

(٢) هكذا فى الأصل، والصحيح: لو تجوز، كما فى النسخة "م".

(٣) وفى النسختين: "ف" و"م": الحبس مكان الجنس.

بطريق الوديعة أو العارية، كان له أن يسترده، وإنما المسقط لحقه وصول كمال حقه إليه، ولم يوجد، ولو وجد المقبوض رصاصًا، أو ستوقًا، أو مستحقّا، كان له أن يسترد المبيع، وإن قبضه المشترى بإذنه، بخلاف الزيوف، والفرق أن إذن البائع فى القبض كان بناء على ما يوجد من الاستيفاء، وقبض الستوق والرصاص لا يصلح للاستيفاء؛ لأن المستوفى ليس من جنس حقه [أصلا]، ولهذا لو تجوز به فى الصرف والسلم لا يجوز، فإذا لم يصلح استيفاء، والإذن كان بناء عليى الاستيفاء، صار وجود الإذن والعدم بمنزلة، وكذلك قبض المستحق موقوف على إجازة المالك، فإذا لم يجز انتقض القبض فيه من الأصل، فصار الحكم فيه بعد عدم الإجازة نظير الحكم فى الستوق والرصاص.

١١٧٨٩- فإن لم يجد البائع شيئًا مما ذكرنا فى الثمن [حتى] باع المشترى العبد، أو آجره، أو رهنه، وسلم، ثم إن البائع وجد فى الثمن شيئًا مما ذكرنا، فجميع ما صنع المشترى فى العبد جائز، لا يقدر البائع على رده، ولا سبيل له على العبد، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا وجد الثمن زيوفًا أو نبهرجة، وذلك لأن حق البائع فى الجنس قد بطل، حتى لم يكن له أن ينقض قبض المشترى قبل وجود التصرف من المشترى، فلا يكون له نقض تصرفه أيضًا، كما لو أذن له فى القبض مرسلا، واستوفى الثمن بتمامه، مشكل فيما إذا وجد الثمن رصاصًا، أو ستوقًا، أو مستحقّا؛ لأن حق البائع فى الجنس فى هذه الصورة لم يسقط، ألا يرى أن له أن ينقض قبض المشترى، فكان له أن ينقض تصرفه أيضًا، كما لو قبض بغير إذنه، والجواب أن قبض المشترى فى هذه الصورة وقع فاسدًا؛ لأن شرط صحته أن يكون بإذن البائع من كل وجه، وهنا قبض المشترى حصل بغير إذن البائع من وجه باعتبار المعنى، وبإذنه من وجه باعتبار الحقيقة، فيعتبر القبض الفاسد بالبيع الفاسد، وفى البيع الفاسد إذا قبض المشترى المبيع بإذن البائع كان له أن ينقض قبضه بحكم الفساد، ومتى تصرف فيه، لا يكون له أن ينقض تصرفه؛ لأنه حصل بتسليطه، ومتى قبض المبيع بغير إذن البائع، كان للبائع أن ينقض قبضه بحكم الفساد، وكان له أن ينقض تصرفه؛ لأنه لم يحصل بتسليط، فكذا ههنا، متى كان القبض فاسدًا، وقد حصل بإذن البائع، كان للبائع نقض قبضه بحكم الفساد، ولا يكون له نقض تصرفه، ومتى حصل بغير إذن البائع كان للبائع نقض قبضه، ونقض تصرفه أيضًا، وإن كان البائع حين علم بقبض المشترى بغير إذنه فى هذه الصورة، سلم ذلك، ورضى به، والباقى[1]

(١) وفى "م": وباقى المسألة بحاله مكان والباقى بحاله.

بحاله، كان هذا مثل إذنه فى القبض فى الابتداء؛ لأن الإجارة فى الانتهاء بمنزلة الإذن فى الابتداء، ودلت المسألة على أن الإجارة تلحق الأفعال، كما تلحق العقود.

١١٧٩٠- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": وإذا اشترى الرجل مصراعى باب، أو خفين، أو نعلين، فقبض أحدهما بغير إذن البائع، ولم يقبض الآخر، حتى هلك ما كان عند البائع، هلك من مال البائع، فلم يجعل قبض أحدهما قبضًا للآخر، ثم قال: ويتخير المشترى فى المقبوض، فقد جعلهما فى حق الخيار كشىء واحد، ولو قبض أحدهما، فاستهلكه، أو عيبه، صار قابضًا للآخر، حتى لوهلك الآخر عند البائع قبل أن يحدث البائع حبسًا، أو منعًا، هلك على المشترى.

ولو منعه البائع بعد ذلك، ثم هلك، هلك على البائع، حتى سقط من الثمن بحصته، فجعلهما كشىء واحد فى الاستهلاك والتعييب فى حق الاسترداد جعلهما بمنزلة العبدين والثوبين، حتى لم يجعل استرداد البائع أحدهما كاستردادهما.

١١٧٩١- ولو جنى البائع على أحدهما بإذن المشترى، صار قابضًا لهما، حتى لو هلكا [بعد ذلك هلكا] من مال المشترى، ولو منع البائع أحدهما بعد ذلك، أو منعهما، كان عليه قيمة ما هلك.

١١٧٩٢- ولو أذن البائع للمشترى فى قبض أحدهما كان إذنًا فى قبضهما حتى لو قبضهما، ثم استردّ البائع أحدهما ليحبسه بالثمن، صار غاصبًا، ولو رأى المشترى أحدهما فرضيه، لم يلزمه، حتى لو رأى الآخر، كان له أن يردهما بخيار الرؤية.

١١٧٩٣- ولو جاء أجنبى، واستهلك أحدهما، كان لصاحبه أن يدفع إليه الآخر، ويضمنه قيمتهما.

والأصل فى هذه المسائل: أن القبض فعل حقيقى يلاقى الصورة، والمعنى فيه تابع، فاعتبرا فيه بالثوبين والعبدين، فأما الخيار فإنما يثبت باعتبار نقصان فى مالية القائم، فإن هلاك أحدهما يوجب نقصانًا فى مالية القائم، والهلاك كان فى ضمان البائع، فجعل كأن انتقاص مال القائم حصل فى ضمان البائع، والتعييب ينقص المالية، والاستهلاك يفوت المالية، وهما فى المالية كشىء واحد، فأوجب[1] ذلك تعييبًا فى الآخر، فصار الآخر مقبوضًا بحكم التعييب، واسترداد البائع يلاقى الصورة، فاعتبرا فيه بالثوبين، والإذن [فى] قبض أحدهما إنما

---

(١) هكذا فى الأصل، وفى النسخة "م": فأوجب، وهو الصحيح.

كان لاتصال المشترى إلى منفعة ملكه، وهما فيه كشيء واحد، وجناية البائع بإذن المشترى بمنزلة جناية المشترى بنفسه، لكن برضى البائع، وجناية المشترى بنفسه على أحدهما بإذن البائع قبض لهما بإذن البائع؛ لأن ذلك تعييب، أو إتلاف للمالية، وهما فى ذلك كشيء واحد، فيوجب ذلك قبض الآخر، وبطلان الحبس لرضا البائع بقبضهما، فكذا جناية البائع بإذن المشترى على أحدهما، فإذا منع البائع بعد ذلك، صار غاصبًا، والغصب يلاقى الصورة، فاعتبرا فيه بالثوبين والعبدين، فلم يصر غصب أحدهما غصبًا للآخر، وخيار الرؤية إنما يثبت باعتبار الجهل بأوصاف المعقود عليه، فإنما يبطل بالعيان الذى يدرك به معرفة الأوصاف، والعيان يلاقى الصورة، فاعتبرا فيه بالثوبين، وإذا أحدث عيبًا بأحدهما، فذلك يوجب نقصانًا فى مالية الآخر، فبطل خيار العيب والرؤية فيهما؛ لأن شرط الرد بخيار الرؤية وخيار العيب الرد على الوجه الذى خرج عن ملك البائع، واستهلاك الأجنبى أحدهما يوجب نقصانًا و[خللا] فى مالية الآخر، فكان بمنزلة من عيّب دابة غيره، أو ثوب غيره عيبًا فاحشًا، وهناك كان لصاحبه أن يضمنه قيمة الكل، ويسلم إليه المعيب، كذا ههنا.

١١٧٩٤- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": رجل اشترى من رجل جارية بألف درهم، ولم ينقد ثمنها حتى قبضها بغير إذن البائع، وباعها من رجل بمائة دينار، وتقابضا، وغاب المشترى الأول، وحض بايعه، وأراد استرداد الجارية من المشترى الآخر، فإن أقر المشترى الآخر أن الأمر كما وصفه البائع الأول، كان للبائع الأول أن يستردها منه؛ لأن المشترى الآخر أقر [بثبوت] حق الاسترداد للبائع الأول فى ملكه، فيصح إقراره، وإذا استردها بطل البيع الثانى؛ لأن البيع الأول أبطل قبض المشترى الأول بحق سابق على قبضه، فانتقض قبضه من الأصل، وإن كذب المشترى الآخر البائع الأول فيما قال، أو قال: لا أدرى أحق ما قال أو باطل، فلا خصومة بينهما حتى يحضر الغائب، لأن الجارية صارت مملوكة للمشترى الآخر، والبائع الأول مقر بذلك، ثم هو يدعى على البائع حقًا، فلا يصدق إلا بحجة، والحجة لا تسمع على الغائب، إلا إذا كان عنه خصم حاضر، والمشترى الثانى ليس بخصم عن الأول، فإن حضر الغائب، وصدق البائع الأول فيما قال، لا يصدق على المشترى الآخر، وإن كذبه، فقال للبائع الأول: أقم البينة على ما ادعيت، فإن أقام البينة بمحضر من المشترى الأول والثانى، ردها القاضى على البائع، وانتقض البيع الثانى، لما مر، إلا أن ينقد المشترى الأول الثمن قبل الرد على البائع الأول، فحينئذٍ لا يردها القاضى على البائع الأول؛ لأن حق البائع الأول فى الاسترداد ليس بمقصود، وإنما يثبت له حق الاسترداد حبسًا للجارية بالثمن، فإذا

سلم له الثمن، أو بقى له حق الاسترداد، يبقى مقصودا، وهذا مما لا وجه له، وإن نقد المشترى الأول الثمن بعد ما أخذها البائع الأول، سلمت الجارية للمشترى الأول، ولم يكن للمشترى الآخر عليها سبيل؛ لأن شراءه قد انتقض على ما مر، فلا يعود إلا باستئناف جديد، ولم يوجد.

١١٧٩٥- ولو ماتت الجارية فى يد المشترى الآخر، كان للبائع الأول أن يضمن المشترى الآخر قيمتها؛ لأن للبائع الأول على الجارية يداً مستحقة لأجل الحبس، فصار المشترى الثانى بقبضه جانيًا على البائع الأول، فصار كالغاصب، وهكذا المشترى الأول، إلا أن قبض المشترى الأول أوجب تأكد الثمن عليه للبائع الأول، فلا يوجب القيمة عليه، أما قبض المشترى الآخر لا يوجب الثمن عليه للبائع الأول، فيمكن إيجاب القيمة عليه للبائع الأول، وتكون القيمة المردودة على البائع الأول قائمة مقام الجارية، حتى لو هلكت عند البائع الأول، انتقض البيعان، ويرجع المشترى الآخر على المشترى الأول بما نقد له من الثمن، كما لو هلكت الجارية بعد الاسترداد فى يد البائع الأول.

١١٧٩٦- ولو لم تهلك القيمة فى يد البائع الأول، حتى نقد المشترى الأول الثمن، أخذ القيمة من بائعه، ولم يكن للمشترى الثانى على القيمة سبيل، لما لم يكن له على الجارية فى [مثل] هذه الصورة سبيل، ورجع المشترى الثانى على المشترى الأول بالثمن الذى نقده، وإذا سلمت القيمة للمشترى الأول، ينظر إن كان من غير جنس الثمن، لا يتصدق بشىء آخر، وإن كان من جنس الثمن، يتصدق بالفضل إن كان ثمه فضل.

١١٧٩٧- قال فى "الجامع" أيضًا: رجل اشترى من رجل ثوبًا بعشرة، ولم يقبضه حتى احدث فيه عيبًا، يعنى المشترى، أحدث فيه عيبًا ينقصه، حتى صار قابضًا على ما مر، ثم هلك الثوب فى يد البائع، فإن هلك قبل أن يمنعه البائع، هلك من مال المشترى، وإن هلك بعد ما منعه البائع، هلك من مال البائع، وهذا لأن المشترى صار قابضًا للثوب، وإنما ينتقض قبضه بالاسترداد، وبمجرد كون المال فى يد البائع لا يصير البائع مستردًا، ألا ترى أنه لا يصير غاصبًا بهذا القدر، فكذا لايصير مستردًا، فبقى قبض المشترى على حاله، فإذا هلك، هلك من مال المشترى، وأما إذا منعه البائع، فقد صار مستردًا، ألا ترى أنه يصير غاصبًا مال الغير بمجرد المنع عنه، فكذا يصير مستردًا، فانتقض قبض المشترى، وعاد الثوب إلى ضمان البائع، فإذا هلك هلك من مال البائع، وبطل الثمن عن المشترى إلا قدر ما انتقص بفعل المشترى، فإن ذلك القدر يتقرر على المشترى؛ لأنه لم يوجد الاسترداد لذلك القدر، لكونه هالكًا.

١١٧٩٨- وإن كان الثوب على عاتق البائع، أو فى حجره، فعيّبه المشترى، ثم هلك من غير فعل أحدثه البائع، هلك على المشترى؛ لأن كون الثوب على عاتقه، أو فى حجره [لا يصلح أن يكون غصبًا، ولهذا لو هبت الريح بثوب إنسان، وألقته على عاتق إنسان، أو فى حجره](١) لا يصير غاصبًا، فلا يصير البائع به مستردّا.

١١٧٩٩- وكذلك لو كان البائع ممسكًا الدابة؛ لأن مجرد إمساك الدابة لا يصلح غصبًا، ولهذا جاز للبائع أن يفعل ذلك بالدابة المبيعة، وما يصير الإنسان به غاصبًا، لا يحل للبائع أن يفعل ذلك فى المبيع، ولو كان لابسًا الثوب، أو راكبًا الدابة، فأحدث المشترى فيه عيبًا ينقصه، ثم لم يمنعه البائع، حتى هلك، هلك من مال البائع؛ لأن دوام الركوب واللبس يصلح غصبًا، ولهذا لو استعار ثوبًا، فدام على اللبس بعد ما مضى اليوم، يصير ضامنًا، وكذا دوام الركوب على هذا، فصار البائع مستردّا للدابة والثوب.

١١٨٠٠- ولو كانت دارًا، فهدم المشترى حائطًا منها، حتى صار قابضًا، ثم إن البائع سكن الدار، بعد ذلك، لا يصير البائع به مستردّا [عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله الآخر؛ لأن السكنى لا تصلح غصبًا موجبًا للضمان عندهما، فلا يصير البائع به مستردّا](٢)، وعند محمد رحمه الله تعالى، وهو قول أبى يوسف الأول: السكنى تصلح غصبًا للعقار، فيصير البائع مستردّا، فبطل الثمن عن المشترى إلا حصة ما هدم، وصار الحاصل أن المشترى إذا قبض المبيع بغير إذن البائع، فإنما يصير البائع مستردّا بما يصير به غاصبًا مال الغير، حتى إن بمجرد التمكن والتخلية لا يصير مستردّا، وهذا بخلاف المشترى، فإن المشترى بمجرد التمكن والتخلية يصير قابضًا، والفرق أن التسليم مستحق على البائع، فيجب تعليقه بما فى وسعه، وهو التمكن والتخلية، حتى لا يبقى فى عهدة المستحق، أما التسليم غير مستحق على المشترى بعد ما قبض المبيع بغير إذن البائع، لما عرف أنه ليس للبائع يد مستحقة على المبيع، إنما على المشترى تسليم الثمن، فلو علقنا التسليم بحقيقة الأخذ، لا يبقى المشترى فى [عهدة] المستحق.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نوع آخر منه:

١١٨٠١- إذا باع الرجل من غيره شيئًا هو في يد ذلك الغير، والأصل في هذا النوع من المسائل أن القبضان إذا تجانسا تناوبًا؛ لأن التجانس دليل النيابة، والمتشابهان ينوب كل واحد منهما عن صاحبه، وإذا تغايرا، ناب الأعلى عن الأدنى؛ لأن في الأعلى ما في الأدنى، فوجد القبض المحتاج إليه، وزيادة شيء، والأدنى لا ينوب عن الأعلى؛ لأن الأدنى من الأعلى قدر بعضه، والمحتاج إليه كله.

١١٨٠٢- والقبض المستحق بالشراء أن يقبض المشترى لنفسه قبضًا موجبًا ضمان نفسه، وهو قيمة العين، أما القبض لنفسه لأنه متملك بالشراء، والمتملك في القبض يكون قابضًا لنفسه، وأما موجب ضمان نفسه؛ لأنه ملك بعقد المعاوضة، فيكون بعوض، والعوض الأصلي للعين قيمته، إلا أنه يصار إلى المسمى قطعًا للمنازعة، ويكون المسمى قيمة اصطلاحية قائمة مقام قيمة العين، كما في باب النكاح، فإن منافع البضع مضمون بمهر المثل بقضية الأصل، وإنما يصار إلى المسمى قطعًا للمنازعة، كذا ههنا.

١١٨٠٣- قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير": رجل غصب من آخر جارية، أو إناء فضة، ووضعه في بيته، ثم لقيه، واشتراه منه بمائة دينار، ونقده الثمن، وليس الإناء بحضرتهما، صار المشترى قابضًا بنفس الشراء، حتى لو هلك قبل أن يصل المشترى إلى بيته، هلك من مال المشترى؛ لأن قبض المشترى قبل الشراء كان لنفسه، وإنه موجب ضمان لنفسه، وهو قيمة العين، وكان مجانسًا للقبض المستحق بالعقد، فناب عنه.

١١٨٠٤- ولو أراد البائع أن يسترد الجارية من المشترى ليحبسها بالثمن، لم يكن له ذلك؛ لأنه لما أوجب العقد مع علمه بقيام قبض ينوب عن القبض المستحق، وذلك يسقط حقه عن العين، صار راضيًا بسقوط حقه عن الحبس.

١١٨٠٥- ولو كان العين وديعة في يد المشترى، أو عارية، فاشتراه، لا يصير قابضًا بنفس الشراء، حتى لو هلك قبل أن يقبض المشترى، هلك من مال البائع؛ لأن قبض الوديعة والعارية قبض أمانة، وقبض المشترى قبض ضمان، فكانا متغائرين، وقبض الأمانة أدنى فلا ينوب عن قبض الشراء، ومعنى آخر يختصّ الوديعة أن المودع قابض لغيره، والمشترى قابض لنفسه، والقبض الواقع للغير كيف ينوب عن المستحق لنفسه، وبه فارق قبض الغصب[1]، فإن

---

(١) هكذا في النسختين: "ظ" و"ف"، وكان في الأصل: العين، وفي النسخة "م": وبه فارق فصل الشرى.

ذهب المودع، أو المستعير إلى العين، وانتهى إلى مكان يتمكن من أخذه الآن، يصير المشترى قابضًا له بالتخلية، فإذا هلك بعد ذلك، يهلك من مال المشترى، فإن فعل المشترى فى فصل الوديعة والعارية ما يكون قبضًا منه، ثم أراد البائع أن يحبسها بالثمن لم يكن له ذلك؛ لأنه لما باعه منه مع علمه أن المبيع فى بيت المشترى، وهو يتمكن من القبض، يصير راضيًا بقبض المشترى دلالة، وقبض المشترى برضى البائع يسقط حقه فى الحبس، فإن أخذها البائع من بيت المودع قبل أن يصل إليه يد المودع، كان له ذلك؛ لأن البائع إنما يصير راضيًا بقبض المشترى بطريق الدلالة، والإذن دلالة لا يمكن إثباته مع المنع صريحًا.

١١٨٠٦- ولو كان المبيع بحضرتهما، فباعه منه، لم يكن للبائع حبسه؛ لأن بيعه منه رضا منه بالقبض دلالة، فمتى كان المبيع بحضرته، وذلك يصلح قبضًا جديدًا، يثبت القبض بحكم الشراء برضا البائع، فلا يكون للبائع حق الحبس.

١١٨٠٧- ولو كان العين رهنًا فى يد المشترى، فالمشترى لا يصير قابضًا له بنفس الشراء؛ لأن قبض الرهن فى حق العين قبض أمانة، والضمان الذى يثبت ضمان استيفاء الدين، فإن المرتهن بعقد الرهن يصير مستوفيًا الدين بالعين فى حق ملك اليد والحبس، والاستيفاء يعتمد المجانسة، ولا مجانسة بين العبد والدراهم من حيث العين، وإنما المجانسة بينهما من حيث المالية، فكان القبض فى حق العين قبض أمانة، وقبض المشترى قبض ضمان فى حق العين؛ فلا ينوب قبض الرهن عنه، فلا يصير قابضًا بنفس الشراء، فإذا ذهب إلى بيته، أو انتهى إلى مكان يتمكن من قبضه حقيقة الآن يصير قابضًا بالتخلية.

١١٨٠٨- وإذا اشترى إبريق فضة بمائة دينار، وقبض المشترى الإبريق، ولم ينقد الدنانير حتى افترقا، وبطل الصرف لعدم قبض أحد البدلين فى المجلس، كان على المشترى رد الإبريق على البائع، فإن وضع المشترى الإبريق فى بيته، ولم يرده حتى لقى البائع، فاشترى الإبريق منه شراء مستقبلا بدنانير، ونقده الثمن، ثم افترقا، فالبيع جائز، ويصير قابضًا الإبريق بنفس الشراء؛ لأن الإبريق بعد بطلان عقد الصرف مضمون بضمان نفسه، ولهذا لو هلك قبل التسليم إلى البائع، يهلك مضمونًا بالقيمة، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض المشترى، فحصل الافتراق بعد قبض البدلين، فلا يبطل الصرف.

١١٨٠٩- ولو اشترى رجل من رجل عبدًا بألف درهم وتقابضا، ثم تقايلا، ثم إن المشترى اشتراه ثانيًا من البائع قبل أن يسلمه إلى البائع، حتى صح الشراء على ما مر، لا يصير المشترى قابضًا بنفس الشراء، حتى لو هلك قبل أن يجدد المشترى قبضًا [يهلك] بالعقد الأول،

ويبطل الإقالة والبيع الثانى؛ لأن بعد الإقالة العين فى هذه الصورة مضمون على المشترى بالثمن، ، حتى لو هلك فى يد المشترى قبل التسليم إلى البائع، بطل [الإقالة، ويعود] حكم العقد الأول، حتى يلزمه الثمن، ومثل هذا القبض لا ينوب عن قبض الشراء.

١١٨١٠- ولو اشترى رجل من رجل غلامًا بجارية، وتقابضا، وجعل كل واحد منهما ما اشترى فى منزله، ثم تقايلا، ثم اشترى أحدهما من صاحبه ما أقاله إياه قبل أن يدفعه إليه، حتى جاز الشراء، صار المشترى قابضًا له بنفس الشراء، حتى لو هلك قبل أن تصل يده إليه هلك على المشترى بالشراء الثانى، ولم يبطل الإقالة؛ لأن كل واحد منهما بعد الإقالة مضمون على قابضه بالقيمة، حتى لو هلك أحدهما قبل الرد، لا تبطل الإقالة، وكان على الذى هلك فى يده قيمته، وهذا لأن فى بيع العرض بالعرض يصح ابتداء الإقالة بعد هلاك أحدهما، فأولى أن تبقى الإقالة بعد هلاك أحدهما، وإذا لم تبطل الإقالة بهلاك أحدهما، لا يعود حكم العقد الأول، فبقى مضمونًا ضمان نفسه، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء، بخلاف الفصل الأول، وهو ما إذا اشترى بدراهم؛ لأن هناك محل الإقالة، والتصرف لا يبقى بعد فوات محله، فتبطل الإقالة بهلاك العبد، ويعود حكم العقد الأول، وكان العبد مضمونًا بالثمن، أما ههنا بخلافه.

هذا إذا تقايلا، والعبد مع الجارية قائمين، فأما إذا تقايلا العبد بعدما هلك العبد بعد التقابض، صحت الإقالة، ووجب على مشترى العبد قيمة العبد، وإن اشترى من فى يده الجارية فى هذه الصورة الجارية من بائعها قبل أن يدفعها إليه، وليست الجارية بحضرتهما، ثم ماتت الجارية بعد الشراء الثانى قبل أن يجدد المشترى لها قبضًا، هلكت بالشراء الأول، وبطلت الإقالة والشراء الثانى؛ لأن الجارية بعد هلاك العبد مضمونة على المشترى بغيرها، وهو قيمة العبد، حتى لو هلكت بعد الإقالة قبل الشراء الثانى، هلكت بقيمة العبد، ومثل هذا القبض لا ينوب عن قبض المشترى.

١١٨١١- ولو كانا قائمين بعد الإقالة، ثم اشترى كل واحد منهما من صاحبه ما فى يده بدراهم، ثم هلكا معًا، أو على التعاقب، هلك كل واحد منهما من مال من اشتراه؛ لأن كل واحد منهما مضمون لضمان نفسه، ولهذا لو هلك أحدهما بعد الإقالة قبل الشراء، يجب قيمته، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء.

١١٨١٢- ولو اشترى جارية بدراهم على أن المشترى فيه بالخيار ثلاثة أيام، وتقابضا، ثم فسخ المشترى البيع بخيار الشرط، فلم يردها على البائع حتى اشتراها منه شراء مستقبلا،

صح؛ لأن الرد بحكم خيار الشرط فسخ فى حق الناس كافة [وكذلك ينبغى أن يصح شراء الأجنبى من البائع قبل قبض البائع؛ لأن الرد بخيار الشرط فسخ فى حق الناس كافة][1] فلو هلكت الجارية قبل أن يصل إليها يد المشترى، بطل الشراء الثانى، وانفسخ، وهلك بحكم الشراء الأول؛ لأن المبيع فى خيار الشرط بعد الفسخ مضمون على المشترى بضمان غيره، وهو الثمن، ومثل هذا القبض لا ينوب عن قبض الشراء.

ولو كان الخيار للبائع، والمسألة بحالها، صح الشراء الثانى، وإذا هلكت الجارية، هلكت بالشراء الثانى؛ لأن المشترى بشرط الخيار للبائع مضمون على المشترى بضمان نفسه، وهو القيمة قبل الفسخ، وبعد الفسخ، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء، والجواب فى الرد بخيار الرؤية وبخيار العيب نظير الجواب فيما إذا كان البيع بشرط الخيار للمشترى؛ لأن هذا الخيار لا يمنع زوال ملك البائع، كخيار المشترى، فيكون الجواب عنهما على السواء.

١١٨١٣- وإذا أرسل الرجل غلامه فى حاجته، ثم باعه من ابن صغير له، حتى جاز البيع لو لم يرجع العبد حتى مات، مات من مال الأب؛ لأن قبض الأب كان قبض أمانة؛ لأن قبض الإنسان مال نفسه قبض أمانة [ولأنه] قبض لنفسه، فلا يقع عن قبض مضمون لغيره، فإن لم يمت الغلام حتى رجع إلى الوالد، وتمكن من القبض، صار قابضًا عن ولده، وإذا لم يرجع العبد، حتى بلغ الغلام، ثم رجع العبد إلى الولد، لم يصر قابضًا للولد، حتى لو هلك هلك على الوالد، وانتقض البيع، فيكون القبض فى هذا إلى الولد.

١١٨١٤- فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى الوالد لولده الصغير من غيره، ثم بلغ قبل القبض، فإن القبض وتسليم الثمن يكون إلى الوالد، واستيفاء الحقوق يكون إليه أيضًا، وفى شراء الوالد لولده من نفسه يرجع الحقوق إلى الولد متى بلغ، والفرق أن الأب إذا اشترى من نفسه فالعقد فى حق الحقوق ما وقع للأب؛ لأن [الأب] هو المملك، فلا يجوز أن يثبت له على نفسه حقًا، وكانت الحقوق ثابتة للصغير على الأب يستوفيه بحكم النيابة عن الصغير، فإذا بلغ وصار أهلا للاستيفاء بنفسه بطلت النيابة، وعاد إلى الأصل، فأما إذا اشترى من غيره، فالعقد فى حق الحقوق وقع للأب؛ لأنه لم يوجد المانع من ذلك، والقبض من حقوق العقد، وبعد البلوغ لم يوجد ما يغير العقد، فلا يتغير حقوقه، فبقى حق القبض واقعا للأب، كما كان.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نوع آخر
فى تصرف أحد المتعاقدين [فى المبيع] قبل القبض:

١١٨١٥- إذا أمر المشترى البائع أن يعمل فى المبيع عملا، فإن كان ذلك العمل لاينقصه، مثل القصارة والغسل بأجر، أو بغير أجر، لم يصر قابضًا، والأجرة واجبة، وإن كان ذلك العمل مما ينقصه، فهو قبض، والفرق وهو أن العمل إذا كان ينقصه، فهو استهلاك الجزء من المبيع، وذلك غير مملوك للبائع، فإذا حصل بأمر المشترى، صار كأن المشترى فعل بنفسه، فيصير قابضًا، فأما إذا كان لا ينقصه الفعل المأمور به، فذلك الفعل مملوك للبائع؛ لأنه فيما يرجع إلى نفس الثوب إمساك للثوب، وما يحدث فى الثوب من الوصف بفعله من قصارة، أو غير ذلك، فذلك وصف زائد يتصل بالمبيع، حصل بإذن المشترى، فبقى تصرفه فى المبيع إمساكًا، فيكون مقصوراً على الفاعل، فلا يصير به قابضًا، إلا أنه يجب الأجر؛ لأن هذا العمل غير مستحق على البائع، فصح ذكر البدل فى مقابلته، هكذا ذكر فى "شرح القدورى".

١١٨١٦- وفيه أيضًا: لو أرسل المشترى العبد فى حاجته، صار قابضًا؛ لأنه صار مستعملا له، وبالاستعمال تثبت يد المستعمل على المحل، ألا ترى أن الأجنبى يصير به غاصبًا، وطريقه ما قلنا، وكذلك لو أعاره المشترى أجنبيًا، أو أودعه أجنبيًا، يصير قابضًا؛ لأنه أثبت يد غيره على المحل، فيعتبر بما لو أثبت يد نفسه، وهناك يصير قابضًا، فكذا ههنا.

١١٨١٧- ولو أعاره المشترى البائع، أو أودعه إياه، أو أجره منه، فإن المشترى لايصير قابضًا [به]؛ لأن يد البائع ثابتة على المحل للحبس، فلا يتصور ثبوتها بجهة أخرى مع قيام الأولى، وإذا بقيت اليد الأولى كما كانت، صار الحال بعد هذه التصرفات والحال قبلها سواء.

١١٨١٨- وفى "الجامع": إذا قال المشترى للبائع: قل للعبد يعمل لى كذا، فأمره البائع، فعمل، صار المشترى قابضًا؛ لأنه جعل البائع رسولا، وعبارة الرسول تنتقل إلى المرسل، فكأن المشترى قال للعبد: اعمل كذا، فعمل، وهناك يصير المشترى قابضًا [وكذا ههنا].

١١٨١٩- ولو كان المشترى آجره من البائع شهرًا، فاستعمله البائع بحكم الإجارة، لايلزمه الأجر؛ لأن هذه إجارة فاسدة، وفى الإجارة الفاسدة إنما يجب الأجر باستيفاء المنافع إذا وجد التسليم إلى المستأجر، ولم يوجد التسليم هناك إلى المستأجر، إذ ليس للمشترى آلة

التسليم، وهو اليد، إنما اليد للبائع، والبائع لايصلح نائبًا عن المشترى فى القبض، فلم يتحقق التسليم، فكيف يجب الأجر.

١١٨٢٠- وفى "النوازل": إذا اشترى عبدًا بثمن معلوم، فلم يقبضه حتى أمر البائع أن يؤاجره من إنسان معين، أو غير معين بأجرة، جاز، ويصير المشترى قابضًا له، والغلة التى يأخذها البائع تحسب من الثمن [لأن الأمر من المشترى] قد صح؛ لأنه صادف ملكه، والمستأجر ينتصب نائبًا عنه فى القبض، فيصير قابضًا للمشترى أولا، ثم يصير قابضًا لنفسه بحكم العقد.

١١٨٢١- وفى "العيون": إذا اشترى غلامًا، فلم يقبضه حتى وهبه لرجل، أو رهنه، وأمره بالقبض [فقبض جاز، ولو آجره، وأمره المستأجر بالقبض][1] لم يجز، والفرق أن الهبة والرهن إنما يصح بعد التسليم، وعند التسليم يصير قابضًا، فيكون الرهن والهبة نافذًا بعد قبض المشترى، ولا كذلك الإجارة.

١١٨٢٢- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر كر حنطة بعينه، وكر شعير بعينه، فلم يقبضه المشترى حتى خلطها البائع، قال: يقوم كر من هذا يعنى من المخلوط، وتقوم الحنطة قبل الخلط، ثم يقسم ثمن الحنطة على ذلك، ويحط عن المشترى ما دخل الحنطة من النقصان، ويأخذ المشترى الكر، ويأخذ الشعير بثمنه، وكذلك لو باعه رطلا من زيت[2]، ورطلا من بنفسج، فخلطهما، ولو باعه رطلا من زنبق، ومائة رطل من زيت، وخلط الزنبق بالزيت، فقد بطل فى الزنبق البيع؛ لأن البائع استهلكه، وللمشترى أن يأخذ الزيت إن أحب، فيأخذ مائة رطل، وله الخيار فيه، وإن كان ذلك لم ينقصه.

ولو أن رجلا كال من خابية زيت عشرة أرطال، فاشتراها منه رجل، فلم يقبضها حتى خلطها البائع بما فى الخابية، كان [المشترى] فى أخذه بالخيار؛ لأن البائع خلطهما بمتاعه.

١١٨٢٣- رجل باع من رجل عبدًا بألف درهم، فلم يقبضه المشترى حتى باعه البائع من رجل آخر، ودفعه إليه، فمات فى يد المشترى [الثانى، أو وهبه له، ودفعه إليه، ومات فى يده، أو أعاره إياه، ودفعه إليه، فمات فى يده، فالمشترى][3] الأول بالخيار، إن شاء نقض

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى "ف" و"م": رطلا من زنبق.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

البيع، واسترد الثمن إن كان قد دفع الثمن، وإن شاء أمضى البيع، وضمن المشترى الثانى قيمة العبد يوم قبضه[١]، وكذلك فى الهبة والعارية؛ لأن العبد إنما صار له بعد نقض المشترى الأول بيعه.

ولو كان البائع آجره من رجل، أو أودعه إياه، فمات فى يده، انتقض البيع، ولا سبيل للمشترى على تضمين واحد منهما؛ لأنه إن ضمنه رجع به على البائع، وإذا كان كذلك، صار كأنه مات فى يد البائع، والرهن نظير الإجارة والوديعة، رواه هشام عن محمد رحمه الله تعالى.

١١٨٢٤- وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا أودع البائع العبد المبيع قبل التسليم إلى المشترى من رجل، ودفعه إليه، فمات، أو أعاره إياه، أو آجره، ودفعه إليه، فمات عنده من غير علمه، فلا ضمان عليه، ولا على البائع، ولو مات عند المستعير من عمله، أو استعمله المودع، فمات من ذلك، فإن شاء المشترى أمضى البيع، واتبع المستعير والمستودع بالقيمة، وإن شاء نقض البيع، وكان للبائع أن يضمن المستودع القيمة؛ لأنه استعمله بغير أمره، وليس له أن يضمن المستعير؛ لأنه استعمله بأمره، وأما المستأجر، فإن عطب من عمله، فليس للمشترى أن يضمنه؛ لأنه لو ضمنه رجع على البائع؛ لأن البائع غيره[٢]، وليس على المشترى غرر.

١١٨٢٥- [ولو كان البائع أمر رجلا أن يقتله، فقتله، فالمشترى بالخيار، إن شاء ضمن القاتل، ودفع الثمن إلى البائع، وإن شاء نقض البيع، فإن ضمن القاتل، فالقاتل لا يرجع على البائع؛ لأن القتل ليس فيه غرر][٣].

ولو كان مكان العبد ثوبًا، فقال البائع لخياط: اقطعه لى قميصًا بأجر، أو بغير أجر، لا يكون للمشترى أن يضمن الخياط؛ لأن الخياط يرجع بالقيمة على البائع.

١١٨٢٦- رجل باع شاته من رجل، وأمر البائع رجلا حتى ذبحها، فإن كان الذابح يعلم بالبيع، فللمشترى أن يضمن الذابح، ولا يرجع الذابح به على الآمر، وإن كان الذابح لا يعلم بالبيع، لم يكن للمشترى أن يضمنه؛ لأنه لوضمنه يرجع به على البائع الآمر، فيصير كأن البائع ذبح بنفسه -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

---

(١) وفى "ظ": يوم دفعه مكان يوم قبضه.

(٢) هكذا فى الأصل، وفى النسخة "م": غرّه، وهو الأوجه.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نوع آخر
فيما يلزم المتعاقدين من المؤنة فى تسليم المبيع والثمن:

الأصل أن مطلق العقد يقتضى تسليم المعقود عليه وقت العقد، ولا يقتضى تسليمه فى مكان العقد [هذا هو ظاهر] مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى، حتى إنه لو اشترى حنطة، وهو فى المصر، والحنطة فى السواد، يجب تسليمها بالسواد، ومن الناس من قال: يجب تسليمها حيث عقد العقد.

[قبيل باب] السلم ذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد رحمه الله تعالى: أن من اشترى تمرًا على نخل، فجذه على المشترى.

١١٨٢٧- وفى "المنتقى": أنه إذا باعه مجازفة، فالجواب كذلك، وإذا باعه مكايلة، فعلى البائع أن يقطعه ويكيله، وكذلك قلع الجوز، وقلع السلجم على المشترى، وكذلك قلع البصل على المشترى، هكذا ذكر فى رواية ابن سماعة رحمه الله تعالى.

وذكر فى "المنتقى": أن على البائع قلع نموذج قدر ما يراه المشترى، فإذا رضى به كان القلع على المشترى.

١١٨٢٨- وفى "المنتقى": إذا اشترى حنطة فى سفينة، فالإخراج على المشترى، وإذا كان فى بيت، ففتح الباب على البائع، والإخراج من البيت على المشترى، وكذلك إذا باع حنطة فى جراب، أو ثوبًا فى جراب، باع الحنطة والثوب دون الجراب، ففتح الجراب على البائع، والإخراج من الجراب على المشترى.

١١٨٢٩- [وأجرة الكيال والوزّان] والزراع والعداد على البائع إذا باعه مكايلة، أو موازنة، أو مزارعة؛ لأن الكيل [أو الوزن] فيما يباع مكايلةً، أو موازنةً من تمام التسليم، والتسليم على البائع، فما يكون من تمام التسليم يكون عليه.

١١٨٣٠- وفى "نوادر هشام": قال: سألت محمّدًا رحمه الله تعالى عمن اشترى شيئًا بدراهم [فعلىّ من الانتقاد] قد زعم المشترى أن دراهمه جياد، قال: القول قوله؛ لأن الدراهم كلها جياد، حتى يتبين لنا غير ذلك، فإن قال البائع: هى رديئة، فالقول قول المشترى، وعلى البائع أن يجىء بالناقد، والأجرة عليه، وعن إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: أن الانتقاد على المستوفى، والوزن على الموفى، يريد به أن انتقاد الثمن على البائع، ووزن الثمن على المشترى.

١١٨٣١- وفى "العيون": أن أجرة وزّان الثمن والناقد على المشترى، وكان الصدر

الشهيد يقول: بأن أجرة الناقد على المشترى، وبه يفتى.

وروى عن محمد رحمه الله تعالى: أنه جعل أجرة الناقد على من عليه الدين، إلا أن يقبض دينه رب الدين، ثم يدعى أنه من غير نقده، فتكون الأجرة على رب الدين، والفرق بين ما قبل القبض وبين ما بعد القبض على هذه الرواية أن الواجب على المديون إيفاء دراهم مقيدة جيدة، فكان النقد قبل القبض لإيفاء الحق فى الجودة، كما أن الوزن لإيفاء الحق فى القدر، ثم أجرة الوزان على المديون، فكذا أجرة الناقد، وأما إذا قبض رب الدين، فقد دخل فى ضمانه، فإذا ادعى أنه على خلاف حقه [كان النقد محتاجًا إليه، ليتمكن من الرد، وذلك يقع لرب الدين، فيكون الأجر عليه][1].

١١٨٣٢- ولو اشترى وِقر حطب فى المصر، فحملها إلى بيت المشترى على البائع، ولو هلك فى الطريق هلك من مال البائع.

١١٨٣٣- ولو اشترى حنطة فى سنبلها، فتحصيلها بالكدس والتذرية على البائع؛ لأن التسليم لا يتهيأ بدون ذلك، وصبها فى وعاء المشترى على البائع بحكم العرف، وصب الماء من القربة على البائع أيضًا بحكم العرف.

١١٨٣٤- وإذا اشترى دارًا، وطلب من البائع أن يكتب صكًا على الشراء، لا يجبر البائع عليه، وإن كتب المشترى الصك من مال نفسه، وأمره بالإشهاد، لا يجبر على الخروج إلى الشهود، وإن أتى بالشهود يجبر على إشهاد شاهدين، وهو أن يقر بين [يدى] شاهدين، وإن[2] أبى البائع يرفع المشترى الأمر إلى القاضى، فإن أقر بين يدى القاضى، كتب له سجلا، وأشهد عليه.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى "ظ": فإذا أبى.

الفصل الرابع
فى المسائل التى تتعلق بالثمن

١١٨٣٥- قال محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الصرف : إذا اشترى الرجل من آخر شيئًا بألف درهم وبمائة دينار ، ولم يسم شيئًا ، فهذا على وجهين : الأول : أن يكون فى البلد [نقد] واحد معروف ، وفى هذا الوجه جاز العقد ، وينصرف إلى نقد البلد بحكم العرف ؛ لأن [العرف الظاهر أن] الناس يتبايعون بنقد البلد ، والمعروف كالمشروط .

الوجه الثانى : إن كان فى البلد نقود مختلفة ، وإنه على ثلاثة أوجه : أحدها : أن يكون الكل فى الرواج على السواء ، ولا صرف لبعضها على البعض ، وفى هذا الوجه جاز العقد ، وإن كان الثمن مجهولا إذ لم يصر نقد من النقود معلومًا [لا] بحكم العرف ، ولا بحكم التسمية ، إلا أن هذه الجهالة لا يوقعهما فى منازعة مانعة من التسليم ، والتسليم(١) وإن كان لبعضها صرف على البعض ، والكل فى الرواج على السواء ، كما فى الغطارف مع العدالى فى الزمان السابق ، لا يجوز البيع ؛ لأن الجهالة ههنا يوقعهما فى المنازعة المانعة من التسليم ، والتسليم(٢) وإن كان لبعضها فضل على البعض ؛ إلا أن واحدًا منها أروج ، فإنه يجوز ؛ لأن العقد ينصرف إلى الأروج .

١١٨٣٦- وفى كتاب الصرف أيضًا : إن اشترى [رجل] مائة [فلس] بدرهم ، فنقد الدرهم ، ولم يقبض شيئًا من الفلوس حتى كسدت الفلوس ، فالقياس أن لا ينتقض العقد ، ويتخير المشترى إن شاء قبضها كذلك ، وإن شاء فسخ العقد ، وأخذ الدرهم ، كما لو تعيّب المبيع قبل القبض ، وبالقياس [أخذ زفر ، وجه ذلك] أن بالكساد لم يهلك ما تعلق العقد به قبل القبض ، بل تعيّب ؛ لأن العقد فى جانب الفلوس تعلق بها من حيث إنها ثمن ، والفلوس صارت ثمنًا بالاصطلاح(٣) ، وبالكساد لم يزل الثمنية من كل وجه [وإنما زالت من وجه ؛ لأن

---

(١) هكذا فى الأصل والنسخة "ظ" ، وكان فى النسختين : "ف" و "م" : والتسلم .

(٢) وفى النسختين : "ف" و "م" : والتسلم .

(٣) وفى "م" : باصطلاح الناس .

بعد الكساد لايصلح ثمنًا باعتبار النقد، أما يصلح ثمنًا باعتبار الوزن، فإن بعد الكساد يباع[1] وزنًا، والموزون يصلح ثمنًا، وإذا بقيت الثمنية من وجه][2] بقى ما تعلق به العقد، لكنه صار مبيعًا من حيث إنه لم يبقَ ثمنًا باعتبار العدد، والعيب لا يوجب انتقاض البيع، أما يوجب الخيار، كما لو تعيب المبيع قبل القبض، وكما لو اشترى شيئًا بقفيز رطب فى الذمة، ثم انقطع أوانه، فهذا هو وجه القياس.

وفى الاستحسان: ينتقض العقد؛ لأن ما يتعلق العقد به من أحد البدلين [فات، ولم يخلف بدلا، فيوجب انتقاض العقد، كالمبيع إذا هلك قبل القبض، بيانه أن العقد][3] فى جانب الفلوس تعلق بها من حيث إنها ثمن باعتبار العدد، وبالكساد بطلت الثمنية باعتبار العدد [فإن بعد الكساد يباع وزنًا، لا عددًا، وقولنا: بلا خلاف إشارة إلى أن بعد الكساد][4] وإن كانت تباع وزنًا، والموزون يصلح ثمنًا، إلا أن الثمنية من حيث الوزن، لم يحدث بالكساد، حتى يجعل خلفًا عن الثمنية من حيث العدد [لأنها كانت ثابتة قبل الاصطلاح على كونها ثمنًا من حيث العدد][5]، وإنما زالت الثمنية من حيث الوزن بالاصطلاح على الثمنية من حيث العدد، فإذا زال الاصطلاح على العدد، عادت الثمنية باعتبار الوزن الذى كان فى الأصل لا بسبب الكساد، وليس كالمبيع إذا قتل وجبت القيمة؛ لأن هناك وجبت القيمة بسبب القتل؛ لأنها لم تكن واجبة قبل القتل، بل وجبت ابتداء بمقابلة المبيع، وكانت خلفًا عن المبيع، بخلاف ما نحن فيه، وبخلاف الرطب إذا انقطع أوانه؛ لأن هناك ما تعلق به العقد لم يهلك؛ لأن العقد يتعلق بالرطب من حيث إنه ثمن، وثمنية الرطب من حيث إنه مكيل، وقد بقى مكيلا بعد الانقطاع، إلا أنه لا يوجد فى أيدى الناس، والشراء بثمن ليس عنده حالة العقد، ولاعند آخر جائز، فإنه لو اشترى برطب، والرطب منقطع عن أيدى الناس يجوز، فلأن يبقى أولى.

١١٨٣٧- وإذا اشترى شيئًا بدراهم هى نقد البلد، ولم ينقد الدراهم حتى تغيرت، فإن كانت تلك الدراهم لا تروج اليوم فى السوق، فسد المبيع؛ لأنها هلكت، وإن كانت تروج،

---

(١) فى النسخة "ظ": يباع.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م"، وفى النسختين: "ظ" و"ف": وإنما زالت من وجه؛ لأن بعد الكساد يباع وزنا، والموزون يصلح ثمنا، وإذا بقيت الثمينة من وجه.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

ولكن انتقص قيمتها، لا يفسد البيع، وليس للبائع إلا ذلك؛ لأنها لم تهلك.

وفى "عيون المسائل": أن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج فى جميع البلدان؛ لأنه حينئذٍ يصير هالكًا، ويبقى المبيع بلا ثمن، فأما إذا كان لاتروج فى هذه البلدة، وتروج فى غيرها، فلا يفسد البيع؛ [لأنه لم يهلك، ولكنه تعيب، فكان للبائع الخيار، إن شاء قال: اعط مثل النقد الذى وقع عليه البيع][(١)]، وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنانير.

قالوا: وما ذكر فى "العيون" مستقيم على قول محمد رحمه الله تعالى، أما لايستقيم على قولهما، وينبغى على قولهما أن يكتفى بفساد البيع فى كل بلدة بالكساد فى تلك البلدة، بناء على اختلافهم فى بيع الفلس بالفلسين، عندهما يجوز اعتبارًا لاصطلاح [بعض الناس، وعند محمد لا يجوز، اعتبارًا لاصطلاح][(٢)] الكل، والكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضًا.

١١٨٣٨- وذكر فى كتاب الصرف: إذا اشترى فلوسًا بدراهم، ونقد الثمن، ولم يقبض الفلوس، حتى كسدت، بطل البيع استحسانًا، وإن كان قبض الفلوس، ولم يقبض الدراهم حتى كسدت الفلوس، فالبيع جائز، والدراهم دين على حالها؛ لأن العقد قد انتهى فى الفلوس بالقبض، فهلاكها بالكساد لا يؤثر فى العقد.

١١٨٣٩- ولو اشترى بفلوس فاكهة، أو غيرها، وقبض ما اشترى، ولم ينقد [الفلوس][(٣)] حتى كسدت، بطل البيع استحسانًا.

وفى "القدورى": فى باب استقراض الفلوس إذا كسدت، إذا اشترى بفلوس، وكسدت قبل القبض، فسد العقد فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعندهما لا يفسد العقد.

وفى "المنتقى": إذا كسدت الفلوس قبل القبض، فعلى المشترى قيمة الفلوس فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، وهذا إشارة إلى أن العقد لا يفسد على قوله، وذكر محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الرهن مسألة تدل على أن البيع لا ينتقض بهلاك الفلوس قبل القبض.

وصورتها: رجل رهن من آخر فلوسًا تساوى عشرة بعشرة، فكسدت، فهى رهن على

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: الثمن.

حالها، حتى لو هلكت ، هلكت بالعشرة ، ولو كان الكساد بمنزلة الهلاك ، لسقط الدين بمجرد [الكساد، كما لو هلكت حقيقة].

والمشايخ رحمهم الله تعالى اختلفوا فى هذه المسألة : بعضهم قالوا : ينتقض البيع كما ذكر فى كتاب الصرف ، وبعضهم قالوا : لا ينتقض ، واستدلوا بمسألة الرهن ، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى يصحح رواية كتاب الصرف ، والشيخ الإمام شيخ الإسلام يصحح رواية الرهن ، وهذا القائل يقول : معنى قول محمد رحمه الله تعالى فى كتاب البيع[1] يبطل البيع : إنه يخرج من أن يكون لازمًا ، حتى لا يجبر البائع على القبض ، دفعًا للضرر عنه ، أما لو اختار البائع الأخذ ، فله ذلك .

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى : أنه إذا اشترى فلوسًا بدراهم أو دنانير ، وكسدت الفلوس قبل القبض ، بطل البيع ، وإذا اشترى بالفلوس شيئًا ، فاكهةً أو عرضًا ، وكسدت الفلوس قبل القبض ، لا يبطل البيع ، والفرق أن الفلوس الرائجة ثمن ، فبيع الفلوس والشراء بها بيع الثمن والشراء بالثمن ، وبالكسادتصير مبيعة بمقابلة الدراهم والدنانير ؛ لأن الدراهم والدنانير أثمان من كل وجه ، فلو بقينًا ذلك البيع بقينًا على المبيع ، وإنه ما ورد على المبيع ، فبطل ضرورة ، فأما بمقابلة العرض والفاكهة يمكن أن يجعل الفلوس الكاسدة ثمنًا ؛ لأن العرض والفاكهة مبيع ، والفلوس الكاسدة بمقابلة المبيع ممكن أن يجعل ثمنًا باعتبار أنه عددى متقارب ، كالجوز وغيره .

١١٨٤٠ - وفى "المنتقى" : إذا اشترى فلوسًا بدراهم ، وبمدّ من دقيق بعينه ، فقبض المد والدراهم ، ولم يقبض الفلوس حتى كسدت ، فسد البيع فى قياس قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : ينتقض البيع فى حصة الدراهم ، ويجوز فى الدقيق بحصته ، وعليه قيمة فلوس تلك الحصة من الدراهم ، هذا إذا كسدت الدراهم أو الفلوس قبل القبض ، فأما إذا غلت بأن ازدادت قيمتها ، فالبيع على حاله ، ولا يتخير المشترى ، وإذا انتقصت قيمتها ، ورخصت ، فالبيع على حاله ، ويطالبه بالدراهم بذلك العيان[2] الذى كان وقت البيع .

وفى "المنتقى" : إذا غلت الفلوس قبل القبض ، أو رخصت ، قال أبو يوسف رحمه الله

---

(١) وفى "م" : فى كتاب الصرف .

(٢) هكذا فى "ف" ، وكان فى الأصل والنسختين : "ظ" و "م" : العيار .

تعالى : قولى وقول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فى ذلك سواء، وليس له غيرها، ثم رجع أبو يوسف، وقال : عليه قيمتها من الدراهم يوم وقت[١] البيع، ويوم وقع القبض، والذى ذكرنا من الجواب فى الكساد، فهو الجواب فى الانقطاع.

١١٨٤١ - إذا انقطعت الدراهم عن أيدى الناس قبل القبض، فسد البيع عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وحد الانقطاع أن لا يوجد فى السوق، فإن كان يوجد فى يد الصيارفة فى البيوت، قيل إذا كان يوجد فى يد الصيارفة، فهو ليس بمنقطع، والأول أصح، وسيأتى جنس هذه المسائل فى مسائل السلم إن شاء الله تعالى.

١١٨٤٢ - وفى "المنتقى" : قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه : كل ما يكال أو يوزن إذا كان ثمنًا بغير عينه، وقد انقطع عن أيدى الناس أن الطالب بالخيار، إن شاء أخذه[٢] إلى الجديد، وإن شاء أخذ قيمة مبيعه، فقد حكم بفساد العقد حتى أوجب قيمة المبيع، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إن شاء أخره إلى الجديد، وإن شاء أخذ قيمة الثوب قبل انقطاعه[٣] بلا فصل.

ولأبى يوسف رحمه الله تعالى فى هذا قول آخر : إن عليه قيمة الثمن يوم وقع البيع، وهو قوله الآخر، وعليه الفتوى، وكذلك الدراهم والفلوس إذا انقطع عن أيدى الناس قبل القبض، فللبائع قيمة الدراهم والفلوس يوم وقع البيع فى قول أبى يوسف الآخر، وعليه الفتوى.

١١٨٤٣ - وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الأمالى" : رجل اشترى من غيره[٤] شيئًا بألف درهم غلة، والغلة يوم اشترى طبرية ويزيدية، فكسدت الطبرية، فإن عليه أن يعطيه سوى الطبرية ما يقع عليه اسم الغلة، وإن أبى واحد منهما أجبره عليه.

ولو باع سلعة بكذا دينارًا، حتى كان له نقد [بين] الناس، فكسدت صنف من الدنانير ما كان يجوز قبله، فله بعده من الدنانير ما يجوز بين الناس.

١١٨٤٤ - ولو باع شيئًا بدراهم مسمّاة مكروهة، فكسد صنف من المكروهة، فإن عليه

---

(١) هكذا فى الأصل، وفى النسخة "م" : وقع، وهو الأوجه.

(٢) هكذا فى الأصل، وفى النسخة "م" : أخره، وهو الأوجه.

(٣) وفى نسخة "م" : انقطاع يده.

(٤) هكذا فى النسختين : "ظ" و "م"، وكان فى الأصل و "ف" : عبده مكان غيره.

أن يعطيه الصنف الباقى منها .

١١٨٤٥- ولو باعه بألف درهم طبرية، والطبرية على صنفين، صنف غلة، وصنف نقد بيت المال، كان له الطبرية الغلة الجارية بين الناس، ولو كسدت لم يكن له من الطبرية النقد شيء، وإنما له قيمة الكاسدة من الذهب، وهذا قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، فقد أشار إلى أن البيع لا يفسد بالكساد، إذ لو فسد لوجب قيمة المبيع .

ثم إذا فسد البيع بالكساد، أو بالانقطاع على قول من يقول به، فإن لم يكن المبيع مقبوضًا، فلا حكم لهذا البيع أصلا، وإن كان مقبوضًا، إن كان قائمًا رده على البائع، وإن كان مستهلكًا، أو هالكًا، رجع البائع عليه بقيمة المبيع إن لم يكن المبيع مثليًا، وبمثله إن كان مثليّا .

١١٨٤٦- دلال باع متاع الغير بإذنه بدراهم، واستوفى الدراهم، فقبل أن يدفعها إلى صاحب المتاع، كسدت الدراهم، فليس للدلال على المشترى سبيل؛ لأن حق القبض للدلال؛ لأنه هو العاقد، وقد قبض .

١١٨٤٧- وفى "النوازل" : رجل باع من آخر شيئًا بألف درهم، فوزن له المشترى ألفًا ومائتى درهم، فقبضها البائع، ثم ضاعت من يده، فهو مستوفٍ للثمن، ولا ضمان عليه؛ لأنه بقدر الألف استوفى حقه، وفيما زاد على الألف، فهو مؤتمن فيه، فإن ضاع نصفها، فالنصف الباقى على ستة أسهم، فالأصل أن المال المشترك إذا هلك منه شيء، فالهالك يهلك على الشركة، والباقى يبقى على الشركة، فلو عزل منها مائتى درهم، فضاعت المائتان قبل أن يردها، كان الألف بينهما على ستة، لما قلنا، ولو ضاعت الألف، فللبائع أن يرجع فى المائتين بخمسة أسداسها .

١١٨٤٨- وإذا باع جارية بألف درهم، ودفع إليه المشترى كيسًا على أن فيه ألف درهم، فذهب به البائع إلى المنزل، فإذا فيه دنانير، فحمل الدنانير ليردها، فضاعت فى الطريق، فلا ضمان عليه؛ لأنه أخذها بإذنه، فكان أمينًا .

١١٨٤٩- وإذا اشترى شيئًا، وأعطاه دراهم صحاحًا، فكسرها البائع، فوجدها نبهرجة، ردها البائع، ولا شيء عليه؛ لأنه لم يتلف عليه مالا، وكذا إذا دفع إليه إنسان لينظر فيه، فكسره.

فى "فتاوى أبى الليث" أيضًا : وفى "فتاوى أهل سمرقند" : إذا باع بدراهم جياد، ودفع

المشترى الدراهم، فأداها[1] البائع رجلا، فانتقدها، فوجد فيها قليل نبهرجة، فاستبدل، وأراد أن يصرف فى شراء الحوائج، فلم يأخذها أحد، وقالوا: كلها نبهرجة، إن كان أقر البائع أنها جياد، لا يرد؛ لأنه متناقض، إلا إذا صدقه المشترى، وإن لم يكن أقر بذلك يرد؛ لأنه غير متناقض -والله أعلم-.

(١) وفى "ف" و"م": فأراها.

الفصل الخامس
فيما يدخل تحت البيع من غير ذكره صريحًا
وما لا يدخل تحته من غير ذكره صريحًا

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه:

١١٨٥٠- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير": رجل اشترى منزلا فوقه منزل، فليس له الأعلى إلا إذا قال: بكل حق هو له، أو قال: بمرافقه، أو قال: بكل قليل وكثير هو فيه أو منه.

واعلم بأن ههنا ثلاث مسائل: مسألة فى بيع الدار. ومسألة فى بيع المنزل، ومسألة فى بيع البيت، ففى بيع المنزل الجواب ما قلنا، وفى بيع الدار يدخل العلو تحت البيع، وإن لم يذكر كل حق هو لها، أو ما أشبه ذلك، كما يدخل السفل وإن [لم يذكر]كل حق هو لها، أو ما أشبه ذلك.

وفى بيع البيت لا يدخل العلو تحت البيع إلا بالتنصيص عليه، وهذا لأن العلو بمنزلة البناء من وجه، وبمنزلة بيت آخر من وجه، من حيث إن قوام العلو بالسفل هو بمنزلة البناء؛ لأن قوام البناء[١] بالأرض، ومن حيث إنه يبنى لينتفع بنفسه، لا ليصير السفل منتفعًا به، فهو كبيت آخر، بخلاف البناء، فإنه لا يبنى على الأرض لينتفع بنفسه، وإنما يبنى ليصير داخل البيت منتفعًا بالبناء، فكان البناء تبعًا للأرض قوامًا وانتفاعا، فإذا كان العلو بينهما، كان يجب أن يوفر على الشبهين حظهما فى المسائل كلها، فجعل العلو منزلا بين منزلين فى المسائل كلها، فيقال: [متى] ذكر الحق يدخل العلو، وإن [لم يذكر] العلو نصًا، كالبناء يدخل من غير ذكره، ومتى لم يذكر الحق كبيت آخر، إلا أن العمل بالشبهين على هذا الوجهين متعذر فى المسائل أجمع، لما فيه من التسوية بين اسم الدار والبيت والمنزل فى الاستتباع، ولا يجوز التسوية بين هذه الأسامى فى الاستتباع؛ لأن معانى هذه الأسماء متقاربة فى العموم والخصوص، بأن اسم الدار أعم من اسم البيت والمنزل من حيث المعنى، فإن الدار مشتقة من الدوران [فى موضع

(١) وفى النسخة "ظ": لأن قيام البناء.

أدير عليه، وكأن الاسم مأخوذ من الدوران، ومن إدارة الحائط فى الدوران][1] نزول كما فى المنزل، وبيتوتة كما فى البيت؛ لأن الدوران لا يكون بالليل، كما يكون بالنهار، و [اسم] المنزل أخص من الدار؛ لأنه مأخوذ من النزول، وليس فى النزول دوران، أما فيه بيتوتة، إلا أنه أعم من البيت؛ لأن البيت مأخوذ من البيتوتة، والبيتوتة عبارة عن المقام بالليل، والنزول عبارة عن المقام ليلا ونهارًا، فكان اسم الدار أعم من المنزل والبيت، والمنزل أعم من البيت، وأخص من الدار [والبيت أخص من الدار] والمنزل جميعًا، فألحق العلو بالبناء [فى الدار] حتى يظهر لاسم الدار، وأنه أعم زيادة رتبة فى الاستتباع [ليس ذلك للمنزل، ولا للبيت، فاستتبع الدار العلو، سواء ذكر الحق، أو لم يذكر، وفى المنزل][2]، قلنا: إن ذكر الحق [يستتبع العلو] وإن لم يذكر الحق لا يستتبع العلو حتى يظهر نقصان رتبة المنزل فى الاستتباع عن الدور، وفى البيت قلنا: لا يدخل العلو إلا بالتنصيص عليه [ليظهر نقصان رتبة البيت فى الاستتباع عن رتبة المنزل والدار جميعًا][3].

وذكر محمد بن مقاتل الرازى فى شروطه أن العلو إنما لا يدخل فى بيع المنزل بذكر الحقوق والمرافق، وبذكر كل قليل وكثير هو فيها، ومنها إذا كان طريق الصعود إلى العلو فى منزل الأسفل، فأما إذا كان فى غيره فلا أعرف عن أصحابنا رحمهم الله تعالى لهذا رواية، ويحتمل أن لا يدخل، ويدخل الكنيف الشارع فى الدار فى بيع الدار وإن لم يذكر بكل حق هو لها؛ لأن الكنيف فى حقوق الدار؛ لأن قراره على الدار؛ ولأن الدار اسم لما يرد عليه الحائط، والحائط أدير على الكنيف، فيكون الكنيف من الدار، فيدخل تحت بيع الدار من غير ذكر.

١١٨٥١ - وأما الظلة التى تكون على الطريق، وهى [الساباط] التى أحد طرفيه على جدار هذه الدار، وطرفه الآخر على جدار دار أخرى، أو على الأسطوانات خارج الدار، لا تدخل تحت بيع الدار، إلا بذكر كل حق هو لها، وهذا قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يدخل وإن لم يذكر كل حق هو لها إذا كان مفتحها إلى هذه الدار؛ لأن قرار هذه الظلة بالدار، وكانت بمنزلة العلو والكنيف، ولأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن قرار أحد طرفى الظلة لما كان بالأسطوانات خارج الدار وبدار

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

أخرى، كانت الظلة تبعًا للدار المبيعة من وجه دون وجه، فلكونها تبعًا للدار المبيعة لا يشترط التنصيص عليها لدخولها فى بيع الدار، ولكونها تبعًا للدار المبيعة، اكتفينا بذكر الحقوق لدخولها فى بيع الدار عملا بالشبهين، وإذا ذكر الحقوق أو المرافق يدخل الظلة عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه إذا كان مفتحها إلى الدار المبيعة، وإن لم يكن مفتحها إلى الدار المبيعة لا يدخل وإن ذكر الحقوق والمرافق.

قال الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى رحمه الله تعالى فى "شرح الجامع الصغير": هذا الذى ذكر محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب من الفصل بين الدار والمنزل والبيت فى عرف أهل الكوفة، فأما فى عرف أهل بخارى يدخل العلو من غير ذكر، سواء باع باسم الدار أو المنزل أو البيت؛ لأن فى ديارنا المسقف بسقف واحد قلّ ما يكون، وكل مسكن يسمى خانه سواء كان صغيرًا أو كبيرًا، إلا دار السلطان، والعلو يدخل من غير ذكر على كل حال، ويدخل فى بيع الدار المخرج المربط، والمطبخ، والبئر، ذكروا المرافق أو لم يذكروا، وفى بيع منزل من الدار، أو بيت من الدار لا تدخل هذه الأشياء إلا بالذكر؛ لأن الدار اسم لما أدير عليه الحائط، وكل ما هو داخل الحائط دخل فى بيع الدار، فأما اسم المنزل من النزول، واسم البيت من البيتوتة، وهذه الأشياء سوى البيت فى معنى النزول، والتسوية[1] فيها على السواء، فيكون هذه الأشياء تحت البيع، والبئر لا يتأتى فيه النزول والبيتوتة، فلا يدخل تحت اسم المنزل والبيت، ويشترط التنصيص على هذه الأشياء، ولا يكتفى بذكر الحقوق والمرافق؛ لأن حقوق الشىء ما يقصد لأجل ذلك الشىء، لا بنفسه، وهذه الأشياء مقصودة بنفسها من غير المنزل والبيت، فلا يكون من حقوقها ومرافقها.

والحاصل أن الحق فى العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع، ولا بد للمبيع منه، ولايقصد إليه إلا لأجل المبيع، كالشرب والطريق فى الأرض، والمرافق عبارة عما يرتفق به، ويختص بما هو من التوابع، كالشرب للأرض، ومسيل الماء، وقوله: كل قليل وكثير، يذكر على وجه المبالغة فى إسقاط حق البائع من المبيع، وما هو متصل بالمبيع، وهذا إذا كان المخرج والمربط فى الدار المبيعة، فأما إذا كان فى دار أخرى متصلا بالدار المبيعة، لا تدخل هذه الأشياء تحت بيع الدار.

١١٨٥٢- قال محمد رحمه الله تعالى: وإذا اشترى بيتًا فى دار، أو منزلا، لا يدخل الطريق ومسيل الماء من غير ذكر، وكذلك إذا اشترى أرضًا لا يدخل الشرب فى الشراء من غير

(١) هكذا فى الأصل، وفى النسخة "م": والبيتوتة، وهو الصحيح.

ذكر، وفي الإجارة تدخل هذه الأشياء من غير ذكر، والفرق أن الإجارة تعقد للانتفاع، ولهذا لا يجوز إجارة مالا ينتفع به في الحال، كالنهر الصغير، والأرض السبخة، ولا يمكن الانتفاع بهذه الأشياء إلا بالطريق ومسيل الماء والشرب، والمستأجر لا يشترى هذه الأشياء عادة، ولا يجد ليستأجر.

١١٨٥٣- ولو استأجر الطريق [الذي] لصاحب الدار لا يجوز، فتدخل هذه الأشياء في الإجارة تصحيحًا لها، فأما البيع فلا يعقد للانتفاع عينًا، بل يعقد للانتفاع، وتحصيل العين المتقوم ممكن بدون الطريق، فلا ضرورة إلى إدخاله في البيع، فلايدخل إلا بالنص، أو بذكر الحقوق، أو بذكر المرافق، وأراد به الطريق الذي لايدخل في بيع الأرض والدار من غير ذكر الطريق الخاص في ملك إنسان.

١١٨٥٤- والطرق ثلاثة: طريق إلى الطريق الأعظم، وطريق إلى سكة غير نافذة، وطريق خاص في ملك إنسان، فالطريق الخاص في ملك الإنسان لا يدخل في البيع من غير ذكر، إما نصًا، وإما بذكر الحقوق أو المرافق، والطريقان الآخران يدخلان في البيع من غير ذكر، وكذا حق تسييل الماء في ملك خاص، وحق إلقاء الثلج في ملك خاص لا يدخل في البيع إلا بالذكر، إما نصا، أو بذكر الحقوق والمرافق.

١١٨٥٥- وإذا باع بيتًا من دار، ولم يذكر الطريق، ولا الحقوق، ولا المرافق حتى لم يدخل الطريق في البيع، فللمشترى أن يرد إذا قال: ظننت أن لي مفتحًا إلى الطريق، هكذا ذكر في "المنتقى"، يريد به أن البيت إذا كان لا يلي الطريق الأعظم، حتى لأمكنه أن يفتح [للبيت] بابًا إليه، وقال: ظننت أن[1] وقت البيع أن البيت يلي الطريق الأعظم، ويمكنني أن أفتح بابًا إليه، فله أن يرد البيت، وفي بعض الكتب لم يذكر الخيار، وإنما ذكر أن البيت إذا كان لا يلي الطريق الأعظم لا يبطل البيع، وله أن يستأجر الطريق، أو يستعير من صاحب الأرض، ثم الطريق الذي يدخل في البيع بذكر الحقوق والمرافق، الطريق وقت البيع، لا الطريق الذي كان قبل البيع، حتى إن من سد طريق منزله، وجعل له طريقًا آخر، وباع المنزل بحقوقه، دخل تحت بيع المنزل الطريق الثاني دون الأول.

١١٨٥٦- وإذا باع دارًا، وفيها بستان، ذكر في "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": أنه إن كان البستان في الدار، يدخل في البيع من غير ذكر، صغيرًا كان أو كبيرًا؛ لأنه من جملة

---

(١) هكذا في الأصل، وليست في النسخة "م"، والصحيح إسقاطها.

الدار، وإن كان البستان خارج الدار، إلا أن مفتحه إلى الدار، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: [لا يدخل، وبعضهم قالوا:] إن كان البستان أصغر من الدار يدخل من غير ذكر، وإن كان مثل الدار أو أكثر، لا يدخل، وبعضهم قالوا: يحكم الثمن.

وفي بيوع "المنتقى": قال هشام: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول في رجل اشترى دارًا، وفيها بستان: أن البستان ليس بداخل في بيع الدار، إلا أن يسميه، إلا أن يكون [البستان] في وسط الدار، والدار محدودة به.

قال هشام: ذاكرت أبايوسف رحمه الله تعالى مرة أخرى فيمن باع دارًا، وفيها بستان، ولم يسم البستان، قال: البستان منها [وإن لم يسم] قلت: فإن كان للبستان بابان، أحدهما في الدار، والآخر خارج الدار، قال: هو منها.

١١٨٥٧- وفي "العيون": إذا اشترى دارًا وفيها رحى الإبل، وقد اشتراها بحقوقها ومرافقها، لا تكون الرحى ولا متاعها للمشتري؛ لأن هذا ليس من حقوق الدار، وهذا بخلاف ما لو باع ضيعة، وفيها رحى ماء بكل حق هو لها، حيث كان الرحى للمشتري؛ لأن هذا من عمارة الضيعة وصلاحها، وكان من حقوقها، وفي الدار من خراب الدار، فلم يكن من حقوقها، وكذلك دولاب الضيعة للمشتري بمنزلة الرحى، والدالية للبائع؛ لأنها معلقة بغير بناء، وكذلك جذعها.

وروى إبراهيم بن رستم عن محمد رحمهم الله تعالى: فيمن اشترى بيتًا، وفيها رحى، بكل قليل أو كثير هو فيه، فله الأسفل والأعلى، وكذلك إذا كان فيه قدر نحاس موصولا بالأرض.

١١٨٥٨- وفي "فتاوى الفضلي": دار فيها بيوت، باع صاحب الدار بعض البيوت بمرافقها، ثم أراد أن يرفع باب الدار الأعظم، وأبى المشتري، ليس لصاحب الدار أن يرفعه؛ لأنه باع الأبيات بمرافقها، والباب الأعظم من مرافقها، وكذلك لو باع البيوت بمرافقها من حقوقها؛ لأن الطريق دخل في البيع بقوله من حقوقها، فيدخل الباب أيضًا؛ لأنه منصوب على الطريق.

وفيه أيضًا إذا اشترى بيتًا من منزل بحدوده وحقوقه، وصاحب المنزل يمنعه عن الدخول ويأمره بفتح الباب، و[يمنعه عن المرور] في السكة ينظر إن كان البائع بين له طريقًا معلومًا ليس له منعه، وإن لم يبين اختلف المشايخ رحمهم تعالى فيه، منهم من قال له منعه؛ لأن قوله بحقوقه، ينصرف إلى حقوق هذا البيت في السكة، حتى لا يمنع عن المرور في السكة

العظمى، ومنهم من قال: ليس له منعه؛ لأن الباب الأعظم دخل بذكر الحقوق على ما ذكرنا فى المسألة المتقدمة.

قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: هو المختار.

١١٨٥٩- وفى "العيون": إذا باع دارًا لابناء فيها، وفيها بئر ماء، ومخرج، وآخر مطوى فى البئر، وأشياء أخر، كلها متصلة بالبئر [دخل] تحت البيع.

وفى "النوازل": إذا باع دارًا وفيها بئر، وعليها بكرة ودلو وحبل، فإن باعها بمرافقها، دخل الحبل والدلو فى البيع؛ لأنهما من مرافق الدار، وإن لم يذكر المرافق لا يدخلان، والبكرة تدخل على كل حال؛ لأنها مركبة فى البئر.

والأصل أن ما كان فى الدار من البناء، أو كان متصلا بالبناء يدخل فى بيع الدار من غير ذكر لطريق التبعية، وما لا يكون متصلا بالبناء لا يدخل فى بيع الدار من غير ذكر إلا إن كان شيئًا جرى العرف فيما بين الناس أن البائع لا يضر به، ولا يمنعه عن المشترى، فحينئذٍ يدخل، وإن لم يذكره فى البيع.

١١٨٦٠- وعن هذا قلنا: [أن الغلق] وفارسيته كليدان يدخل فى البيع من غير ذكر، لكونه متصلا بالبناء، والمفتاح يدخل [فى البيع] استحسانًا، ولا يدخل قياسًا؛ لأنه غير متصل بالبناء، فصار كثوب موضوع فى الدار، إلا أنا استحسناه، وقلنا بالدخول بحكم العرف؛ لأن العرف فيما بين الناس أن بائع الدار لا يمنع المفتاح عن المشترى، ويسلمون الدار بتسليم المفتاح، فإنما دخل المفتاح من غير ذكر بحكم العرف، والقفل ومفتاحه لا يدخل والسلم إن كان متصلا بالبناء يدخل، سواء كان من خشب أو مدر، وإن كان غير متصل بالبناء لا يدخل، والسور نظير السلاليم.

١١٨٦١- وإذا اشترى [رحى ماء] يدخل فى البيع من الآلة ما كان متصلا بالبناء، من غير ذكر؛ لأنه كالبناء، فعلى هذا الحجر الأسفل يدخل تحت البيع من غير ذكر؛ لأنه متصل بالبناء، فكان كالبناء، والحجر الأعلى لا يدخل قياسًا؛ لأنه غير مركب بالبناء، ألا يرى أنه يمكن رفعه من غير أن يحتاج فيه إلى نقض شيء من البناء، وفى الاستحسان يدخل؛ لأن الرحى اسم لبيت فيه حجر دوارة، فالدوارة فيه الحجر الأعلى، فإن كان اسم الرحا يثبت بالأعلى كان الأعلى وما يديره من البكرة داخل تحت اسم الرحى.

وعلى هذا إذا اشترى طاحونة، فالحجر الأسفل يدخل من غير ذكره، والحجر الأعلى لا يدخل قياسًا، ويدخل استحسانًا.

١١٨٦٢- وإذا كان درج في الدار من خشب أو ساج أصلها في البناء، فإنها تدخله في بيع الدار من غير ذكر، ولو لم يكن في بناء يحول وينصب، فهو للبائع، وهذا مثل السلم.

ولو كان في البيت باب موضوع لا يدخل في البيع من غير ذكر [ذكره] في "المنتقى".

١١٨٦٣- وفي "العيون": إذا اشترى دارًا، واختلفا في باب منها، فإن كانت الدار في يد المشتري، فالقول فيه قوله، سواء كان الباب مغلقًا أو موضوعًا، وإن كان الدار في يد البائع، فإن كان الباب موضوعًا فيه، فالقول قول البائع، وإن كان مغلقًا، فالقول قول المشتري.

وفي "النوازل": إذا اشترى دارًا، واختلفا في باب الدار، فقال البائع: لم يدخل في البيع، وقال المشتري: دخل، فإن كان الباب متصلا بالبناء، فالقول قول المشتري، سواء [كانت] الدار في يد البائع، أو في يد المشتري؛ لأن الباب من جملة الدار، وإن كان غير متصل بالبناء، ، بل كان موضوعًا في الدار، فالقول قول من كان الدار في يده؛ لأن الباب ليس من جملة الدار ههنا [فبقي] الاختلاف في الملك، فيكون القول فيه قول صاحب اليد، وهذه المسألة عين مسألة "العيون".

١١٨٦٤- وفي "المنتقى": إذا قال لغيره: بعتك هذا البيت، وما أغلق عليه بابه، فليس ما أغلق عليه بابه من المتاع للمشتري، وهذا يقع على حقوقه، كأنه قال: بعتك بحقوقه، قال هشام: قلت لأبي يوسف رحمه الله تعالى: إن قال له بعتك بما فيه من شيء، قال: هذا على حقوقه أيضًا، وإن قال: على ما فيه من المتاع، فهذا جائز على ما فيه من المتاع -والله أعلم-.

نوع آخر:

١١٨٦٥- باع من آخر حانوتًا، وباب الحانوت من بحايح تغلق وتفتح، وتنزع البحايح، دخل الألواح تحت البيع، سواء باع الحانوت بمرافقه، أو لم يبعه بمرافقه؛ لأن ألواح الحانوت مركبة بالحانوت معنى، هكذا ذكر في "المنتقى".

ولو كان على الحانوت ظلة في السوق، كما يكون في الأسواق، فإن كان باع الحانوت بمرافقه، دخل الظلة؛ لأن الظلة مرافق الحانوت، وإن كان باعه مطلقًا، فالظلة لا تدخل.

وذكر في "العيون": إذا اشترى حانوتًا [فالأقفال] والألواح للبائع، والصحيح ما ذكرنا أن الألواح للمشتري، ويدخل مفتاح الحانوت في البيع من غير ذكر استحسانًا لما قلنا: في مفتاح الدار وكور الحداد للمشتري، وكور الصابغ للبائع؛ لأن الأول مركب، والثاني لا، قال

فى "المنتقى" وكور الحداد بمنزلة ألوان الأجر، وزق الحداد الذى ينفخ فيه للبائع، وقدر من النحاس يطبخ فيه الحنطة لأصحاب السويق، أو للصباغين يطبخ فيه الصبغ أو للقصارين يوضع فيها الثياب للبائع، وإن كان مقلاة للسواقين من طين، دخلت فى البيع.

وقد ذكرنا قبل هذا رواية محمد رحمه الله تعالى فى القدر من النحاس إذا كانت موصولا بالأرض أنه يدخل فى بيع البيت، والصندوق المثبت فى البناء، وأجاجين العسالين وخوابى الزياتين وحيابهم ودنانهم وخمها فرق يرده بزمين، أو المثبت فى البناء لا يدخل، وليس هذه الأشياء من متاع الدار، ولا من حقوقها، وكذلك جذع القصار الذى يدق عليه الثوب لا يدخل فى البيع؛ لأن هذا ليس من حقوق الحانوت، ويستوى فى هذه المسائل ذكر الحانوت مطلقًا، أو بمرافقه، أو حقوقه؛ لأن هذه الأشياء ليست من حقوق الحانوت ومرافقه، إنما هذا من حقوق التجارة، والفعلة والعمال، وقدر الحمام يدخل فى البيع من غير ذكر، والقصاع لايدخل، وإن ذكر الحقوق والمرافق والبحايح التى على الأوتاد ليست فى البناء للبائع.

١١٨٦٦- وإذا اشترى حانوتًا، أو دارًا، ووجد فى جذع منه دراهم، فإن قال البائع: أنها لى، فالقول قول البائع؛ لأنا عرفنا هذا فى يده، وإن قال: ليس لى، فحكمها حكم اللقطة؛ لأنه لم يعرف لها مالك.

ومن هذا الجنس إذا اشترى دارًا أو حانوتًا، فانهدم حائط منها، فوجد فيه رصاصًا، أو ساجًا، أو خشبًا، إن كان من جملة البناء، كالخشب الذى تحت الدار ليبنى عليه، ويسمى سبح بالفارسية، فهو للمشترى، وإن كان مودعا فيه، فهو للبائع.

نوع آخر:

١١٨٦٧- إذا باع أرضًا، أو كرمًا، ولم يذكر الحقوق، ولا المرافق، ولا ذكر بكل قليل وكثير، فإنه يدخل تحت البيع ما ركب فيه للتأبيد، نحو العرايش والأشجار والأبنية؛ لأن هذه الأشياء بمعنى الأرض، أو ليس لنهايتها مدة معلومة، وما لا يعلم مدة نهايته، فهو للتأبيد، كالأرض، فإنها ذات نهاية، ولكن لما لم يكن لنهايته مدة معلومة، كان للتأبيد، فإذا كانت هذه الأشياء كانت للتأبيد، كانت كالأرض من كل وجه، فيدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر.

١١٨٦٨- فأما الزرع والثمر لا يدخلان فى البيع، والقياس أن يدخل؛ لأن الزرع متصل بالأرض اتصال قوام، والثمر متصل بالشجر اتصال قوام، فكان كالأشجار مع الأرض، إلا

أنا استحسنا، وقلنا: بأنهما لا يدخلان لقوله عليه الصلاة والسلام: «من باع نخلا مؤبرًا فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[1]، والزرع مثل الثمر من حيث إن لكل واحد منهما غاية معلومة، فالنص الوارد في الثمر يكون واردًا في الزرع دلالة، والمعنى في ذلك أن لقطعهما غاية معلومة، وما لنهايته غاية معلومة فهو [في] الحكم كالمقطوع، بخلاف الأشجار والبناء؛ لأنه ليس لنهايتهما غاية معلومة، وإن ذكر في بيع الأرض الحقوق أو المرافق، لا يدخل الزرع والثمار أيضًا؛ لأنهما ليسا من جملة حقوق الأرض ومرافقها.

وإن قال: بعتها بكل قليل وكثير هو منها، أو فيها، إن قال: في أثرها من حقوقها، أو قال: من مرافقها، فالثمار والزرع لا يدخلان، وإن لم يقل في آخرها: من حقوقها، أو مرافقها يدخلان في البيع.

١١٨٦٩- وذكر الحاكم أحمد السمرقندي رحمه الله تعالى في شروطه: أنه إذا ذكر في بيع الضيعة والنخيل كل حق، يدخل الزرع والثمر في البيع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وإن لم يذكر كل قليل وكثير، وهكذا ذكر الناطفي أن بذكر الحقوق والمرافق يدخل الزرع والثمر في بيع الأرض.

وفي "المنتقى": عن أبي يوسف برواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أن الثمر والزرع لا يدخلان بذكر الحقوق والمرافق، وإذا قال: بكل قليل أو كثير هو منها، أو فيها، يدخل استحسانًا.

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يدخل الزرع والثمر في الألفاظ كلها.

وذكر شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده" في آخر شرح المزارعة الكبيرة: أنه إذا قال في بيع الضيعة: بكل قليل وكثير منها، على رواية كتاب الشرب، لايدخل الزرع والثمر في البيع، وهكذا ذكر في "المنتقى" عن محمد رحمه الله تعالى؛ لأن الزرع ليس من الأرض، وعلى رواية كتاب الشفعة والمزارعة يدخل.

١١٨٧٠- وإن قال: بكل قليل وكثير هو فيها ومنها، يدخل [الثمر والزرع] في البيع على الروايات كلها.

---

(١) أخرجه أبو داود في "سننه" (٣٤٣٣): باب في العبد يباع وله مال، والنسائي في "الكبرى" (٤٨٤)، وعبد الرزاق في "مصنفه" (١٤٦٢٤)، ومحمد في "كتاب الآثار" (٨٢٩)، وأحمد في "مسنده" (٤٥٥٢).

وفي "المنتقى": إذا قال: بكل قليل وكثير هو فيها يدخل جميع ما فيها من الثمر والزرع والبقل والرياحين وغير ذلك.

١١٨٧١- وإن كان فيها زرع قد حصدت، أو ثمار قد صرمت، لا يدخل في البيع، قال ابن مالك سمعت أبايوسف رحمه الله تعالى قال: هما سواء، ويدخل الثمر في البيع.

وفي شرح "القدوري" و "شرح القاضي الإمام الإسبيجابي": أن الزرع إنما لا يدخل في بيع الأرض من غير ذكر إذا لم ينبت بعد، أو نبت، وصارت له قيمة، أما إذا نبت ولم يصر له قيمة بعد يدخل.

١١٨٧٢- وفي "فتاوى الفضلي": إذا باع أرضًا فيها زرع، لم ينبت، فإن كان البذر قد عفن في الأرض، فهو للمشتري، وإلا فهو للبائع، فإن سقاه المشتري حتى نبت، ولم يكن غصن عند البيع، فهو للبائع، والمشتري متطوع فيما فعل، وهذا لأن الحنطة التي فسدت في الأرض لا يجوز بيعها على الانفراد، فصارت بمنزلة جزء من الأرض، فيدخل في البيع، بخلاف ما إذا لم يفسد، وكذلك لو نبت، ولم يقوم بعد، واختار الفقيه أبوالليث أنه لا يدخل في البيع، ويكون للبائع على كل حال، إلا إذا بيع مع الأرض إما نصا وإما دلالة][1].

١١٨٧٣- ثم إن محمّدًا رحمه الله تعالى ذكر أن الشجرة تدخل في بيع الأرض من غير ذكر، ولم يفصل بين المثمرة وغير المثمرة [ولا بين الصغيرة والكبيرة، فمن مشايخنا من فصل بين المثمرة وغير المثمرة][2]، فقال: المثمرة تدخل من غير ذكر، وغير المثمرة لا تدخل، وذهب في ذلك إلى أن غير المثمرة بمعنى الزرع؛ لأن لنهايتها مدة معلومة، كما للزرع، فأما المثمرة فليس لنهايتها مدة معلومة، وكان مؤبدًا، فكان كالأرض، ومنهم من قال: الشجرة الكبيرة إذا كانت مثمرة تدخل من غير ذكر، وإذا كانت غير مثمرة لا تدخل، والصغيرة لا تدخل إلا بالذكر مثمرة كانت أو غير مثمرة؛ لأن الصغيرة لقلعها مدة معلومة عند الناس، مثمرة كانت أو غير مثمرة، فإنها تقلع وتنقل من موضع إلى موضع، ولمدة ذلك وقت معلوم بين الناس، وكذلك الكبيرة التي هي غير مثمرة لقلعها مدة معلومة بين الناس، فصار كالزرع بخلاف الكبيرة المثمرة.

ومنهم من قال: الكل يدخل من غير ذكر، وهذا أصح؛ لأن غير المثمرة ليس لنهايتها مدة

---

(١) هكذا في النسخة "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

معلومة بل تتفاوت بتفاوت الأراضى تفاوتًا فاحشًا، صغيرة كانت أو كبيرة، فصارت بمعنى الكبيرة المثمرة.

وأما قوائم الخلاف: هل يدخل فى بيع الأراضى من غير ذكر، من المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: لا تدخل، وألحقها بالمثمرة؛ لأن لنهايتها مدة معلومة، ومنهم من قال: يدخل؛ لأن مدة نهايتها يتفاوت بتفاوت الأراضى تفاوتًا فاحشًا، فصار بمنزلة الأشجار المثمرة، وهو الأقيس.

وأما الورد والآس لا يدخلان فى البيع من غير ذكر؛ لأن لنهايتها مدة معلومة [لا تتفاوت إلا يسيرًا، فصار كالثمرة، فأما أصلهما يدخل فى البيع من غير ذكر؛ لأنه ليس لنهايتها مدة معلومة][1]، وكانت بمنزلة سائر الأشجار، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى فى شرح كتاب الشفعة.

وفى "العيون": أن أصل الآس لا يدخل؛ لأنه بمنزلة الثمرة؛ لأنه يقطع كذلك.

وأما القطن فلا يدخل فى البيع من غير ذكر، وهو كالثمرة، وأما أصلها فقد قالوا: لا يدخل، وهو الصحيح؛ لأن لنهايتها مدة معلومة، فإن بعد ما فرغ من القطن يقطع، ومنهم من قال: يدخل؛ لأن مدة قطعها يتفاوت بتفاوت الأراضى، فإن فى بلاد الحر لا يقطع إلا بعد سنتين، وفى بلادنا يقطع فى كل سنة، وشجرة الباذنجان لا تدخل فى بيع الأرض من غير ذكر، هكذا ذكر الحاكم أحمد السمرقندى فى شروطه، وعلى قياس مسألة القطن يجب أن يكون فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى.

١١٨٧٤ - وأما الكراث والقت، وفارسيته سيست، والرطبة، فما كان على وجه الأرض لا يدخل فى البيع من غير ذكر، كالزرع والثمر؛ لأن لنهايتها مدة معلومة.

وأما أصول هذه الأشياء وهى ما كان مغيبًا فى الأرض، فمنهم من قال: لايدخل؛ لأن لنهاية الأصول مدة معلومة فيما بين الناس، فصارت كالزرع والثمر، ومنهم من قال: يدخل؛ لأن نهاية هذه الأشياء يتفاوت بتفاوت الأراضى، كالأشجار.

وصار الأصل أن ما كان لقطعه مدة معلومة، ونهاية معلومة، فهو بمنزلة [الثمار، فلا تدخل فى البيع من غير ذكر، وما ليس لقطعه مدة معلومة، ونهاية معلومة، فهو بمنزلة][2]

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الشجرة، فيدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر.

١١٨٧٥- والزعفران لا يدخل من غير ذكر، وكذلك أصله ذكره في "العيون" لأنه يقطع كذلك، وصار كالثمرة، والقصب لا يدخل في بيع الأرض من غير شرط، والعروُ يدخل؛ لأن العرو شجرة؛ لأن له ساق، ولا يقطع أصله، ولا كذلك القصب، وعلى هذا كل ما له ساق، ولا يقطع أصله، حتى كان شجرًا له ساق، يدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر، ما لم يكن بهذه الصفة، لا يدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر [لأنه يكون بمنزلة الثمرة.

١١٨٧٦- وإذا باع أرضًا، وفيها حطب نابت لا تدخل في الأرض من غير ذكر][1]، ذكره في "العيون".

وفي "البقالي": عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في الخلاف والحطب، والقطب، والرياحين، والبقول أنها للبائع.

١١٨٧٧- وذكر الخصاف في الحطب، والقصب، والبقول، أنها للبائع، والطرفاء وأنواع الخشب أنها للمشتري، روى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن القصب للبائع.

١١٨٧٨- وفي "المنتقى": أن الشوك لمن أخذه، بخلاف الحطب، ذكر شيخ الإسلام في شرح المزارعة الكبيرة: أن الشجر الذي ذكره محمد رحمه الله تعالى في الكتاب أنه يدخل في بيع الأرض من غير ذكر شجر يغرس للبقاء، أما الشجر الذي يغرس للقطع، كشجر الحطب، وغيره لا يدخل في البيع من غير ذكر.

١١٨٧٩- وفي "فتاوى أهل سمرقند": وإذا اشترى أرضًا، وفيها أشجار، يقطع في كل ثلاث سنين، إن كان يقلع من الأصل، فهو للمشتري؛ لأنه شجر، وهو الشجرة الصغيرة الذي تباع في السوق في فصل الربيع، وإن كان يقطع من وجه الأرض، فهو للبائع؛ لأنه بمنزلة الثمر، فلا يدخل في بيع الأرض بشربه وطريقه إلا إذا ذكر ذلك نصًا، أو دلالة، بأن قال: بجميع حقوقها، أو قال: بمرافقها، وقد مرّ هذا.

١١٨٨٠- وإذا اشترى أرضًا أو نخلا، وليس لها شرب، وهو لم يعلم بذلك، فله الخيار، هكذا ذكر في "المنتقى".

١١٨٨١- وفي "العيون": اشترى نخلة في أرض بطريقها في الأرض، ولم يبين موضع الطريق، وليس إليها طريق، يعني من ناحية معروفة، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الشراء

(١) هكذا في "م"، وبعضها في غيرها.

جائز، ويأخذ إلى النخلة طريقًا من أى ناحية أحب؛ لأن هذا مما لا يتفاوت، حتى لو كان متفاوتًا، كان البيع باطلا، وعن محمد رحمه الله تعالى أن البيع باطل ما لم يبين الطريق لمكان الجهالة.

١١٨٨٢- وفى "فتاوى الفضلى]" : إذا اشترى أرضًا، وبجنبها أقدف، وبين الأرض والأقدف مسناة، وعلى المسناة أشجار، وجعل أحد[1] حدود الأرض الأقدف دخل المسناة، وما عليها من الأشجار تحت البيع؛ لأنه جعل المسناة فى الحد، فتكون من جملة المحدود.

١١٨٨٣- قال فى "المنتقى" : وإذا اشترى نخلة، فهذا على الجذع، ولا يكون بأرضها.

١١٨٨٤- واعلم بأن شراء الأشجار لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يشتريها للقلع بدون الأرض، وفى هذا الوجه يؤمر المشترى بقلعها، وله أن يقلعها بعروقها، وأصلها يدخل فى البيع، وليس له أن يحفر الأرض إلى ما يتناهى إليه العروق، ولكن يقلعها على ما عليه العرف والعادة، إلا إذا اشترط البائع القلع[2] على وجه الأرض، أو يكون فى القلع مضرة للبائع، نحو أن يكون بقرب الحائط، وما أشبه ذلك، فحينئذٍ يؤمر المشترى أن يقطعها على وجه الأرض، فإن قلعها، أو قطعها، ثم نبت من أصلها، أو عروقها شجرة، فالنابت للبائع، فإن قطع من أعلى الشجرة، فما نبت يكون للمشترى.

[وأما إذا اشتراها] مع قرارها من الأرض، فإنه لا يؤمر المشترى بقلعها، ولو قلعها، فله أن يغرس مكانها أخرى.

وأما إذا اشتراها، ولم يشترط شيئًا، فعند أبى يوسف رحمه الله تعالى: لاتدخل فى البيع، وعند محمد رحمه الله تعالى: تدخل، وله الشجرة مع قرارها من الأرض، فهذه الجملة فى بيوع "شرح الطحاوى"، وأجمعوا أن ما تحت الشجرة من الأرض يدخل فى القسمة.

وفى "كتاب العيون" : فى باب بيع الشجرة قبل كتاب الرهن أن دخول الأرض فى وصية الشجرة على الاختلاف الذى ذكرنا فى البيع، قال: والهبة، والصدقة كالوصية.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى فى كتاب القسمة: أن ما تحت الحائط من الأرض لا يدخل فى الإقرار، والقسمة، والبيع.

---

(١) وفى "ظ" : أخذ.

(٢) وفى "م" : فأما أن يشتريها بشرط القلع على وجه الأرض، أو يشتريها بشرط القلع، لكن يكون فى القلع مضرة للبائع.

١١٨٨٥- وذكر في "المنتقى" أيضًا: أن ما تحت الحائط من الأرض يدخل في بيع الحائط، والمذكور في "المنتقى" إذا باع حائطًا من داره، فهذا بأرضه، قال ثمه: لأن الحائط بغير الأرض لا يسمى حائطًا.

وفي "المنتقى" أيضًا: وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في الحائط: هو له بأصله، وفي النخلة يقلعها بأصلها في البيع والهبة، وكل شيء، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: مثل ذلك، إلا أنه قال: أستحسن في الشجرة أن له بأصلها، فصار حاصل الجواب في الشجرة أن على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لاتدخل الأرض في بيع الشجرة، وعند محمد رحمه الله تعالى تدخل، وعن أبي يوسف روايتين، وقال الصدر الشهيد: والفتوى في مسألة البيع على أن الأرض تدخل، وفي أي موضع دخل ما تحت الأرض من الشجرة، فإنما تدخل بقدر غلظ الشجرة وقت مباشرة ذلك التصرف، حتى لو ازدادت غلظا تحت الأرض، كان لصاحب الأرض أن يبحث، ولا يدخل تحت [البيع من] الأرض ما يتناهى إليه العروق والأغصان، وعليه الفتوى.

١١٨٨٦- [وفي شراء بناء الدار لا تدخل الأرض تحت البيع من غير ذكر، ويؤمر المشتري بقلع البناء. والخصاف في شروطه سوى بين بيع الحائط وبين بيع البناء، وقال: لا تدخل الأرض فيهما جميعًا من غير ذكر، ويؤمر المشتري بنقض الحائط، كما يؤمر بنقض البناء، ثم في شراء البناء إذا لم تدخل الأرض تحت البيع، فالآجر الذي تحت الخشب، ويسمى بالفارسية كدواده هل يدخل تحت البيع؟

حكي عن الحاكم الإمام أبي محمد الكوفي أن ما كان ظاهرًا على وجه الأرض يدخل، وما كان غائبًا تحت الأرض لا يدخل، والجواب في شراء الجدار نظير الجواب في شراء الحائط، يدخل ما تحته من الأرض في البيع من غير ذكر، كما في الحائط، بخلاف البناء، هكذا ذكر الإمام أبو محمد][1].

١١٨٨٧- وفي "المنتقى": إذا قال لغيره: بعت منك هذه [الشجرة] المبطخة، فهذا على البطيخ إذا كان فيه بطيخ، وكذلك المبقلة إذا كان فيه بقل، وكذلك هذه الرطبة.

١١٨٨٨- ولو قال: بعتك هذا الكرم، أو هذا النخيل، فهذا على الأرض، قالوا: أراد بالنخيل البستان، أو الذي يقال له بالفارسية: درخنسان، فقد حكينا قبل هذا رواية "المنتقى":

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

أن من اشترى نخلة، فهذا على الجذع، ولا تكون بأرضها.

وإذا قال: بعت هذا الكرم أو هذا النخيل، وفيه ثمر أو عنب، فإني أنظر [إلى الثمن] فإن كان [ذلك] ثمنًا للعنب أو التمر، فهو على العنب أو التمر، وإن كان ثمنًا للنخيل والكرم، فهو على النخيل والكرم، ذكره في "المنتقى" ولم ينسبه إلى أحد، وهو نظير ما ذكر في دعوى "العيون".

١١٨٨٩ - إذا اشترى الرجل [من آخر] مزبلة بمائة درهم، ثم اختلفا، فقال المشترى: إنما اشتريت منك الأرض، وقال البائع: بعتك الكناسة، يحكم الثمن إن كان مثل ذلك الثمن يكون للأرض، قضيت ببيع الأرض، وإن كان مثل ذلك الثمن لا يكون [ثمن الأرض] قضيت ببيع المزبلة دون الأرض.

١١٨٩٠ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لغيره: [بعتك] كرمي هذا، أو قال: بستاني هذا، فهذا على الكرم بأصله، والبستان [بأرضه، فإن كان] في البستان، أو النخيل، أو الكرم ثمر [فهذا كله على ثمر البستان، والنخيل والكرم] ولم يقل: ينظر إلى الثمن كما في المسألة المتقدمة.

١١٨٩١ - وفي "المنقى": رواية مجهولة إذا قال لغيره: بعتك قريتي التي يقال لها: كذا وكذا، ولم يسمّ حدودها، فهو على موضع القرية البناء والبيوت، دون المحرث.

ولو باع قرية بأرضها، وللبائع قرية أخرى بجنبها، فقال: بعتك هذه القرية، أحد حدودها، أو الثاني، أو الثالث، أو الرابع قرية البائع يدخل أرض هذه القرية التي لم يبعها في أرض القرية التي باعها مما يليها، وإن قال أحد حدود هذه القرية أرض قرية كذا، لم يدخل فيه أرض القرية التي لم يبعها.

١١٨٩٢ - وفي "فتاوى أهل سمرقند": إذا اشترى كرمًا، وفيه ورق التوت، أو الورد، وذكر حقوقها، لا يدخل ذلك في البيع؛ لأنه بمنزلة الثمر، وقد ذكرنا الكلام في دخول الثمر في البيع بذكر الحقوق، وما فيه من الاختلاف، ففي ورق التوت، والورد يكون كذلك، وفيه أيضًا اشترى شجرة بعروقها، وقد نبت من عروقها أشجار، فإن كانت الأشجار النابتة بحيث إن قطعت شجرة الأرض يبست، صارت مبيعة، وإلا فلا؛ لأنها إذا كانت يبست بقطع الشجرة، كانت نابتة من هذه الشجرة، وكانت مبيعة.

١١٨٩٣ - ذكر في "النوازل": وفي "فتاوى الفضلي": أن من اشترى أشجارًا، وعليها ثمار، إلا أنها بحال لا قيمة لها، فإنها للمشترى، وذكر فيه أيضًا علة المسألة، وقال: لأن بائعها

لو قصد بيعها على الانفراد، لا يجوز، وفي الجواب نظر، وفي التعليل كذلك، وينبغي أن تكون الثمار للبائع لما ذكرنا قبل هذا، وبيعها على الانفراد جائز، هو الصحيح، لما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١١٨٩٤- وفي "فتاوى أبي الليث": رجل باع كرمًا بمجرى ماءه، وكل حق له، ومجرى ماءه في سكة غير نافذة بينه وبين رجلين، وعلى ضفة النهر أشجار، فإن كان المجرى ملك البائع، فالأشجار للمشتري؛ لأن رقبة المجرى دخلت تحت البيع، فدخل الأشجار تبعًا، وإن لم يكن المجرى ملك البائع، لكنه حق المسيل، فالأشجار للبائع؛ لأن رقبة المجرى لم تدخل تحت البيع، فلا تدخل الأشجار تبعًا، لو دخلت دخلت أصلا باسمها، ولم يوجد.

نوع آخر:

١١٨٩٥- اشترى من آخر جارية وعليها ثيابها التي يباع مثلها[1]، دخل الثياب تحت البيع بحكم العرف، وإنما يدخل ثياب مثلها، إن شاء البائع أعطاها الذي عليها، وإن شاء أعطاها غير ذلك؛ لأن الدخول بحكم العرف، والعرف في كسوة مثلها لا بعينها، هكذا ذكر المسألة في "العيون" وليس معنى قوله: دخل الثياب تحت البيع، أنه للثياب حصة من الثمن، بل لا يصير حتى لو استحق شيء من الثياب من يد المشتري، أو وجد المشتري بالثياب عيبًا، لا يرجع على البائع بشيء من الثمن.

في فصل الاستحقاق: ولا يرد الثياب بالعيب في فصل العيب، وإنما عناه أن للمشتري أن يطالب البائع بذلك، وكذلك إذا وجد بالجارية عيبًا، ردها ورد معها ثيابها، وإن لم يجد بالثياب عيبًا.

١١٨٩٦- وذكر هذه المسألة في "النوازل": ووضعها في الغلام، فقال: إذا باع غلامًا، وعليه ثياب، دخل الثياب في العقد، ولو استحق ثياب الغلام، لا يرجع المشتري على البائع بشيء من الثمن.

ولو وجد بالثياب عيبًا، لا يرد على البائع الثياب؛ لأن الثياب لم تدخل تحت البيع، حتى يصير له حصة من الثمن، فيردها بالعيب، ويرجع ببعض الثمن عند الاستحقاق، ولكن للمشتري مطالبة البائع بذلك؛ لأن البائع صار مملكًا ذلك من المشتري تبعًا للبيع عرفًا، ولو

---

(١) وفي "م": مثلها فيها.

وجد بالغلام عيبًا، رده؛ لأن الثياب ليست بمبيعة ليمتنع رد الجارية بالعيب [بسببها][(١)].

١١٨٩٧- وفى "النوازل" أيضًا: إذا باع حمارًا، دخل العِزار -وهو بالفارسية افسار[(٢)]- فى البيع بحكم العرف، وإذا باع حمارًا مؤكفًا، دخل الإكاف والبَردَعة فى البيع، بحكم العرف، وإذا لم يكن عليه بردعة، ولا إكاف، دخل البردعة والإكاف أيضًا، كذا اختاره الصدر الشهيد رحمه الله تعالى.

وإذا كان مؤكفًا، ودخل الإكاف والبَردَعة، لا يكون له حصة من الثمن على نحو ما ذكرنا فى ثياب الجارية والغلام، وبعض المشايخ رحمهم الله تعالى قالوا: إذا كان على الحمار إكاف وبَردَعة، دخل فى العقد، وإذا كان عليه بَردَعة، ولم يكن عليه إكاف، تدخل البَردَعة، ولا يدخل الإكاف.

وإذا كان عريانًا، لا يدخل شيء من ذلك فى البيع، وهذا القائل يفرق بين الحمار والجارية والغلام، فإن الجارية أو الغلام إذا بيع، وليس عليه ثياب، تدخل مثله فى العقد؛ لأن الغلام والجارية لا يباعان عريانًا عادة، بخلاف الحمار، فإنه يباع عريانًا عادة، كما يباع مع البردعة والإكاف، ولم يذكر فى شيء من الكتب ما إذا باع فرسًا، وعليه سرج، قيل: وينبغى أن لا يدخل السرج فى البيع إلا بالتنصيص عليه، أو يكون الثمن شيئًا كثيرًا، لا يشترى ذلك الفرس عادة، بمثل ذلك الثمن إلا مع مثل ذلك السرج؛ لأن العادة جرت ببيع الفرس مع السرج، ولا كذلك بيع الحمار، وبيع الغلام والجارية.

١١٨٩٨- قال هشام: سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن رجل باع جارية، وعليها قلب فضة، أو قرطاس، ولم يشترط ذلك، والبائع ينكر، قال: لا يدخل شيء من الحلى فى البيع، فإن سلم البائع الحلى، فهو لها، وإن سكت عن طلبه، وهو يراه، فهو بمنزلة ما لو سلم [ذلك لها].

وفى صلح "فتاوى الفقيه أبى الليث رحمه الله تعالى": عبد له مال باعه المولى مع ماله، قال: إن لم يسمّ ماله، فالبيع فاسد، قيل: معنى قوله: إن لم يسمّ ماله أنه باع العبد مع ماله، ولكن لم يبين مقدار [ذلك المال]، وأما إذا باع العبد، وسكت عن ذكر المال، فالبيع يكون جائزًا، ويكون المال للبائع، وهو الصحيح.

ولو كان باعه مع ماله، وسماه أى سمى مقدار ماله، ينظر إن كان ثمن العبد من جنس

---

(١) هكذا فى "م".

(٢) حبل يشدّ به عنق الحيوان، ويجعل على رأسه.

ماله، بأن كان مال العبد دراهم، وثمن العبد أيضًا دراهم، أو كان مال العبد دنانير، وثمن العبد أيضًا [دنانير]، لا بد وأن يكون الثمن[1] زائدًا على مال العبد، ليكون بإزاء [مال] العبد [من الثمن قدره، والباقي يكون بإزاء العبد، فأما إذا كان ثمن العبد أقل من مال العبد][2]، أو مثله لا يجوز، وإن كان ثمن العبد من خلاف جنس مال العبد، بأن كان ثمن العبد دراهم، ومال العبد دنانير، أو على العكس، يجوز كيف ما كان ثمن العبد، ولكن يشترط قبض حصة الصرف في المجلس، فإن افترقا قبل القبض، بطل العقد بحصة الصرف، وبقي بحصة العبد، ولو كان مال العبد دينًا، أو كان بعضه دينًا، فالعقد فاسد.

١١٨٩٩- وفي "القدوري": وإذا اشترى سمكة، فوجد فيها لؤلؤة [فهي] للمشتري.

١١٩٠٠- ولو اشترى دجاجة، فوجد فيها لؤلؤة، فهي للبائع.

١١٩٠١- وفي "نوادر بن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى: إذا اشترى سمكة، فوجد في [بطنها] سمكة أخرى، فهما جميعًا للمشتري، ولو وجد في بطنها لؤلؤة، أو وجد في بطن السمكة التي في بطن السمكة المشتراة لؤلؤة، فهي للبائع؛ لأن هذا [ليس][3] مما يأكل السمك، قالوا: أراد بقوله، فهي للبائع يأخذها، ويكون لقطة في يده.

١١٩٠٢- قال: ولو وجد في بطنها صدف فيه لحم، وفي اللحم لؤلؤة، كما تكون اللؤلؤة في الأصداف، فهي للمشتري؛ لأن هذا مما يأكل السمك، له قال: ألا يرى أنه لو اشترى رجل من رجل أصدافًا ليأكل ما فيها من اللحم، فوجد في بطنها لؤلؤة في اللحم، إن ذلك له [لأنها خلقت] في اللحم، وهذا من الصدف، قال: ولاتشبه هذه اللؤلؤة المنزوعة في بطن السمك.

وفي "نوادر هشام": قال: سألت محمّدًا رحمه الله تعالى عن [من باع] الصدفة كما هو، قال: البيع جائز، واللؤلؤة له، يعني للبائع ما لم يسم اللؤلؤة، وإن اشتراه بدرهم، وثمنه أكثر من ألف درهم، وهذه الرواية تخالف رواية ابن سماعة، وعن محمد رحمه الله تعالى برواية ابن رستم: لو اشترى سمكة، ووجد في بطنها عنبرة، فهي للمشتري؛ لأنها طعامها، وهي حشيش يأكل السمك في البحر -والله تعالى أعلم-.

---

(١) وفي "م": وأن يكون الثمن أن يدخل على مال العبد.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "م".

الفصل السادس
فيما يجوز بيعه وما لا يجوز

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع من ذلك في بيع الدين بالدين، وبيع الأثمان، وبطلان العقد بسبب الافتراق قبل القبض:

١١٩٠٣- فنقول: بيع الدين بالدين جائز إذا تفرقا عن المجلس قبل قبض البدلين حقيقةً، أو بعد قبض البدلين حكمًا، أو بعد قبض البدلين حقيقةً، بأن اشترى من آخر دينارًا بعشرة دراهم، حتى كان صرفًا، ولم تكن الدنانير والدراهم بحضرتهما، ثم نقدا في المجلس، وتفرقا، جاز.

١١٩٠٤- وكذلك إذا اشترى فلوسًا أو طعامًا بدراهم، حتى لم يكن صرفًا، ولم يكن الكل بحضرتهما، ثم نقدا في المجلس، وتفرقا جاز، وأما بعد قبض البدلين حكمًا، بأن كان لرجل على آخر عشرة دراهم، وللآخر عليه [دنانير]، فاشترى كل واحد منهما ما عليه بماله على صاحبه حتى كان العقد صرفًا، بأن كان له على آخر فلوسًا، أو طعامًا، وللآخر عليه دراهم، فاشترى كل واحد منهما ما عليه بماله على صاحبه، وتفرقا، كان العقد جائزًا، وهذا افتراق بعد قبض البدلين حكمًا؛ لأن ما في ذمة كل واحد منهما مقبوضة، وأما بعد قبض البدلين، أحدهما حقيقةً والآخر حكمًا، بأن كان لرجل على رجل عشرة دراهم، فاشترى من عليه الدراهم الدراهم بدينار[1]، ونقد دينارًا، وتفرقا عن المجلس، فالعقد جائز، وهذا افتراق بعد قبض البدلين، أحدهما حقيقةً، والآخر حكمًا، وكذلك إذا كان لرجل على رجل حنطة، فاشترى من عليه الحنطة بالدراهم، ونقد الدراهم في المجلس جاز.

وذكر في صلح الفتاوى مسألة الحنطة: وقال: لا يجوز البيع، وإن نقد الدراهم في المجلس، قالوا: وما ذكر في صلح الفتاوى محمول على ما إذا كانت الحنطة مسلمًا فيها؛ لأن الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز، أما إذا كانت الحنطة قرضًا، أو ثمن [متاع][2] جاز

---

(١) وفي "ظ": بدنانير.

(٢) هكذا في "م"، وكان في الأصل و"ظ" و"ف": بيع.

البيع على ما ذكرنا ، وأما إذا حصل الافتراق بعد قبض أحد البدلين في بيع الدين بالدين إن حصل الافتراق بعد قبض أحد البدلين حقيقةً ، جاز في غير الصرف ، ولم يجز في الصرف ، بيانه فيمن اشترى ديناراً بعشرة دراهم حتى كان العقد صرفًا ، فقبض الدينار ، ولم يسلم العشرة حتى تفرقا ، أو سلّم العشرة ولم يقبض الدينار حتى تفرقا كان البيع باطلا .

ولو اشترى فلوسًا أو طعامًا بدراهم ، حتى [لم] يكن العقد صرفًا ، وتفرقا بعد قبض أحد البدلين [حقيقةً ، كان العقد جائزاً .

وأما إذا حصل الافتراق بعد قبض أحد البدلين حكمًا][1] كان العقد فاسدًا ، سواء كان عقد صرف ، أو غير عقد صرف ، بيانه فيما إذا كان له على رجل دينار ، فاشترى الدينار الذى عليه بعشرة دراهم ، حتى كان العقد صرفًا وتفرقًا قبل نقد العشرة ، كان باطلا ، وكذلك إذا كان عليه فلوس أو طعام ، فاشترى ما عليه بدراهم ، حتى لم يكن العقد صرفًا وتفرقًا قبل نقد الدراهم ، كان العقد باطلا ، وهذا افتراق بعد قبض أحد البدلين حكمًا ؛ لأن ما في ذمة أحدهما مقبوضة ، وهذا فصل يجب حفظه ، والناس عنه غافلون ، فإن العادة فيما بين الناس أن من [كان] له على آخر حنطة ، أو شعير ، أو ما أشبه ذلك ، فصاحبها يأخذ ممن عليه عند غلاء السعر ، حظًا بالذهب أو الفضة ، ويسمون ذلك فيما بينهم : گندم را بها كردن ، فإنه فاسد لكونه افتراقًا عن دين بدين ، وإنما جاز هذا العقد بعد قبض البدلين حقيقةً أو حكمًا ، لحديث عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنه ، فإنه سأل رسول الله ﷺ ، وقال : إني أكترى الإبل من بقيع إلى مكة بالدراهم ، وآخذ مكانها دنانير ، أو بالدنانير ، وآخذ مكانها دراهم ، فقال عليه الصلاة والسلام : «لا بأس أن تأخذ بسعر يومهما وقد افترقا وليس بينكما عمل»[2] ، معناه : إذا افترقتما يبقى أحد البدلين دينًا [لأحدكما] في ذمة الآخر بعد ما تفرقتما ، فقد جوز رسول الله ﷺ بيع الدين بالدين ، وإن كان صرفًا إذا تفرقا ، وليس بينهما عمل على التفصيل الذى قلنا [ومتى تفرقا بعد قبض الدين حقيقةً أو حكمًا ، فقد تفرقا وليس بينهما عمل على التفسير الذى قلنا][3] ، وإذا جاز هذا الصرف ، جاز فيما ليس بصرف من الطريق الأولى ، وصار هذا البيع مستثنى من حديث عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما " أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) أخرجه الحاكم في "المستدرك" (٢٢٨٥)، وابن حبان في "صحيحه" (٤٩٢٠)، ومعجم الشيوخ لأبي بكر الإسماعيلي (٧٨)، وابن عبد البر في "التمهيد" (١٦/ ١٠).

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبتت هذه العبارة من "م" .

الكالئ بالكالئ"[١] أى الدين بالدين، وأما إذا تفرقا بعد قبض أحد البدلين [حقيقةً، فإن كان صرفًا، فالعقد بينهما باطل؛ لأنهما افترقا وقد بقى بينهما عمل، فإن أحد البدلين][٢] بقى دينًا لأحدهما على صاحبه، فيحتاج إلى قبضه بعد ما تفرقا عن المجلس، ورسول الله ﷺ جوز بيع الدين بالدين فى الصرف إذا افترقا، وليس بينهما عمل، فإذا افترقا، وبقى بينهما عمل لم يكن داخلا تحت المجوز، ويكون داخلا تحت المحرم، وهو النهى عن بيع الدين بالدين، وإن لم يكن صرفًا، فالعقد جائز؛ لأن البدل المقبوض صار عينًا بالقبض، فيكون هذا افتراقًا عن عين بدين، وأنه لا يفسد العقد فى غير الصرف، وعلى هذا جميع بياعات الناس.

وأما إذا تفرقا بعد قبض أحد البدلين حكمًا، لا يجوز، سواء كان عقد صرف، أو غير عقد صرف؛ لأنهما افترقا عن دين بدين، وأنه يفسد العقد صرفًا كان أو غير صرف.

١١٩٠٥- وإذا اشترى درهمًا بيضًا، فأعطاه البائع مكانه سوادًا، ورضى به المشترى، جاز؛ لأن السود دراهم، ولكن مع العيب، فكان الجنس واحدًا، فإذا رضى المشترى بسقوط حقه عن الجودة، كان مستوفيًا، لا مستبدلا، فيجوز، والمراد من السود المضروب، ومن النقرة السود إلا الدراهم التجارية، حتى لو قبض مكان الدراهم البيض درهمًا تجاريًا، لا يجوز لأن الجنس مختلف، فيكون هذا استبدالا، فلا يجوز.

وإذا أعطى البيض مكان السود، ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى، والشيخ أبو الحسن القدورى أنه يجبر على القبول، وإليه أشار عصام فى "مختصره".

١١٩٠٦- وإذا باع فلسًا بفلسين [حالة الرواج، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: أحدهما: أن يبيع فلسًا بغير عينه بفلسين][٣] بغير أعيانهما، وفى هذا الوجه البيع فاسد لوجهين، : أحدهما: أن هذا بيع الدين بالدين، والثانى: أن الجنس بانفراده محرم للنسا عندنا، على ما يأتى بيانه فى موضعه إن شاء الله تعالى.

الوجه الثانى: إذا باع فلسًا [بعينه] بفلسين بأعيانهما، وفى هذا الوجه البيع جائز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى: [لا] يجوز، وجه قوله: إن الفلوس أثمان، حتى لا يتعين بالتعيين، وبيع الأثمان واحدًا باثنين لا يجوز، كبيع

---

(١) أخرجه الطحاوى فى "معانى الآثار" (٤/ ٢١، والدارقطنى فى "سننه" (٢٧٠)، وذكره الحافظ فى "البداية" (٨٠٤) وفى "التلخيص" (٣/ ٢٦).

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الدراهم والدنانير واحدًا باثنين .

ولأبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى أن ثمنية الفلوس إنما تثبت باصطلاح الناس ، فإذا عيناه ، فقد أبطلا جهة الثمنية ، فعادت [سلعة كما كانت ، فيجوز البيع متساويًا ومتفاضلا ، فإن قيل : إن الثمنية] تثبت باصطلاح الكل ، فلاتبطل باصطلاحهما على خلاف ذلك؟ قلنا : الثمنية فى حقهما تثبت باصطلاحهما ، لا باصطلاح غيرهما ؛ لأنه لاولاية لغيرهما عليهما ، ولو قلنا : إن الثمنية لا تبطل إلا أن ربا العقد إنما يجرى بالجنس والقدر ، وهو الكيل أو الوزن ، وههنا إن وجد الجنس لم يوجد القدر ، أما الكيل فظاهر ، وأما الوزن ، فلأن الناس تعارفوا بين بيع الفلوس عددًا لا وزنًا ، ولهذا قلنا : إذا باع فلسًا بعينه بفلس بعينه ، وأحدهما أثقل من الآخر وزنًا ، أنه يجوز ، ولو كان موزونًا لكان لا يجوز ، كما إذا باع درهمًا بدرهم ، وأحدهما أثقل وزنًا من الآخر ، وههنا لما جاز علمنا أن الوزن ساقط الاعتبار فى الفلوس ، فلم يوجد إلا الجنس ، فلا يجوز الربا .

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى : وكل جواب ذكرنا فى الفلوس ، فهو الجواب فى الدراهم التجارية ، أعنى بها الغطارف ؛ لأنها من جملة الفلوس ؛ لأنها صفر كالفلوس ، وكذلك الجواب فى الرصاص والسوق ، قالوا : ويجب أن يكون فى العدالى كذلك ؛ لأن الصفر فيه غالب ، فصار بمنزلة الفلوس .

الوجه الثالث : إذا كان أحد البدلين عينًا ، والآخر دينًا ، وفى هذا الوجه إن كان ما فى الذمة مؤجلا ، لا يجوز البيع لما ذكرنا أن الجنس بانفراده يحرم النَسْء عندنا ، وإن كان ما فى الذمة غير مؤجل ، لا شك أن على قول محمد رحمه الله تعالى : لا يجوز ؛ لأن عنده لو باع فلسًابعينه بفلسين بأعيانهما لا يجوز ، فإذا كان أحد البدلين بغير عينه أولى ، وأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى : فقد اختلف المشايخ ، بعضهم قالوا : يجوز ؛ لأن الفلوس عندهما يصير بمنزلة العروض[1] حال مقابلته يجوز ، كما لو باع قمقمة بقمقمتين ، فإذا صار الفلس المعين على مذهبهما بمنزلة العرض ، كان بمنزلة ما لو باع عرضًا بعينه بفلسين فى الذمة .

ومنهم من قال : لا يجوز ؛ لأن الفلس عندهما إنما يتعين بالتعين حال تعيين البدلين ، أما حال تعيين أحد البدلين فلا ، وهذا لأن الفلوس الرائجة لها حكم العرض من وجه ، ولهذا قال

---

(١) وفى "م" : بمنزلة العرض بالتعيين حال مقابلته .

فى ظاهر الرواية : يجوز السلم فى الفلوس، والسلم إنما يجوز فى الثمنيات[1]، لا فى الأثمان، فمن هذا الوجه الفلوس بمنزلة العروض، ولها حكم الأثمان من وجه، ولهذا قالوا فى السلم : إذا قوبلت بخلاف جنسه لا يتعين، كالدراهم والدنانير، حتى لو هلكت الفلوس المشار إليها لا يبطل العقد، وإذا كان للفلوس حكم العروض من وجه، وحكم الأثمان من وجه، وفّرنا على الشبهين حظهما، فأشبهها بالعروض، قالا : بالتعيين حال تعيين البدلين إلحاقًا لها بالعروض، ولشبهها بالدراهم قالا : بعدم التعيين حال تعيين [أحد] البدلين إلحاقًا بالدراهم، وإذا ألحقاها بالدراهم فى هذه الحالة كان بمنزلة ما لو باع درهمًا بعينه بدرهمين بغير أعيانهما.

١١٩٠٧- ثم إذا باع فلسًا بعينه بفلسين بأعيانهما، حتى جاز العقد عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، هل يشترط التقابض فى [المجلس]؟ ذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة فى صرف الأصل، ولم يشترط التقابض، فهذا دليل على أن التقابض ليس بشرط، وذكر فى "الجامع الصغير" : ما يدل على أنه شرط، فإنه قال : إذا باع فلسًا بفلسين يجوز يدًا بيد إذا كان بعينه.

من مشايخنا رحمهم الله تعالى من لم يصحح [ما] ذكر فى "الجامع الصغير" لأن التقابض مع العينة[2] إنما يشترط فى الصرف، وهذا ليس بصرف.

ومن مشايخنا من صحح ما ذكر فى "الجامع الصغير" ؛ لأن الفلوس لها حكم العروض من وجه، وحكم الأثمان من وجه، فمن حيث إن لها حكم العروض، جوزنا بيع واحد باثنين إذا كانا عينين، كما لو باع سيفًا بسيفين، ومن حيث إن لها حكم الدراهم، شرط التقابض فى المجلس مع العينية عملا بالدليلين بقدر الإمكان.

وذكر القدورى فى شرحه إذا باع الفلس بالفلسين، وقبض أحدهما ما اشترى، ولم يقبض الآخر حتى تفرقا، أو تقابضا، ثم استحق ما فى يد أحدهما بعد الافتراق، فالعقد صحيح على حاله، وكذلك لو باع الفلوس بالدراهم، أو بالدنانير، فقد اكتفى بقبض أحد البدلين، لصحة هذا العقد، ولبقاءه على الصحة، فهذا دليل على أن التقابض ليس بشرط[3].

---

(١) هكذا فى النسخة "ظ".

(٢) وفى "م" : مع العينية.

(٣) وفى النسخة "م" : وفى "المنتقى" : رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله إذا اشترى فلوسا بدرهم، وليس عند هذا فلوس، ولا عند هذا درهم، ثم إن أحدهما دفع وتفرقا جاز، وفيه أيضًا إذا باع مائة فلس

١١٩٠٨- وروى هشام عن محمد رحمه الله تعالى : فيمن اشترى فلوسًا بدراهم، وقبض الفلوس، ولم يقبض الدراهم، حتى لو افترقا، فهو جائز، قال : ألايرى إذا أسلم الدراهم فى الفلوس، فقد اكتفى بقبض الفلوس لصحة العقد، ووجه ذلك من وجهين : أحدهما : أن الفلوس فى الأصل عرض، وليست بأثمان، وإنما ثبت لها وصف الثمنية بعارض، فيجب إثبات هذا الوصف على وجه لا ينعدم المعنى الأصلى، فاكتفينا بقبض أحد البدلين، كما فى العروض، إذ به يخرج من أن يكون دينًا بدين، فأما قبض البدلين إنما يعتبر فيما هو أثمان بقضية الأصل، وهذا ليس بهذه الصفة.

والثانى : أن قضية القياس أن لا يجب قبض البدلين فى المجلس، وإن كان العقد صرفًا، ولكن عرفنا اشتراط التقابض فى عقد الصرف بالنص الوارد فى بيع الصرف لا يكون واردًا فى بيع الفلوس؛ لأن ثمنية الفلوس دون ثمنية الدراهم والدنانير؛ لأن ثمنية الفلوس عارضة على شرف الزوال بالكساد، فرد بيع الفلس إلى ما يقتضيه القياس.

١١٩٠٩- ذكر القدورى فى شرحه أيضًا : قال محمد رحمه الله تعالى : وإذا اشترى فلوسًا على أن كل واحد منهما بالخيار، وتقابضا، وتفرقا على ذلك، فالبيع فاسد؛ لأن الخيار يمنع الملك وصحة القبض، فكأنهما افترقا من غير قبض، ولو كان أحدهما بالخيار، فالبيع جائز، ويجب أن يكون هذا قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى [يريد به إذا كان الخيار لأحدهما][1]؛ لأن على أصلهما خيار المشترى لا يمنع ثبوت الملك له فيما اشترى، فلا يمنع صحة القبض، فينعدم القبض المستحق من أحد الجانبين فى القبض إنما يعتبر فيهما لا فى أحدهما، أما على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فالخيار مؤثر من الجانبين، فإنه كما لايملك على المشروط له الخيار، بدليل البدل[2] الذى من جانبه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، لا يملك هو البدل الذى من جانب صاحبه، فاشتراط الخيار لأحدهما يمنع صحة القبض، وتمامه فيهما جميعًا.

قالوا : وينبغى على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى إذا باع فلسًا بعينه بفلسين بأعيانهما بشرط الخيار، أن يجوز البيع؛ لأنهما بمنزلة العروض فى هذه الحالة عندهما،

بدرهم نقدا، أو نسيئة، ونقد الدراهم قبل التفرق جاز، والفلوس معينة، فهذا كله إشارة إلى أن التقابض فى بيع الفلس بالدراهم حتى افترقا، فهو جائز.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٢) لفظ البدل غير مذكور فى النسخ الباقية التى عندنا.

فلم يكن القبض شرطًا .

ولو اشترى بفلوس كاسدة فى موضع لا تنفق، فإن كانت بأعيانهما جاز، وإن لم تكن معينة لا تجوز؛ لأنها بعد الكساد [تعود] عرضًا، وشرط صحة العقد فى العروض التعيين.

١١٩١٠ - قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع" : وإذا استقرض الرجل من رجل كرًا من طعام، وقبضه، ثم إن المستقرض اشترى من المقرض الكر الذى له عليه بمائة درهم جاز؛ لأن المستقرض يصير ملكًا للمستقرض بنفس القبض، ووجب عليه للمقرض كر مثله، فيصح شراءه، بخلاف ما اشترى غير من عليه الكر، حيث لايجوز؛ لأن هناك الحاجة إلى التسليم، ولا يمكنه التسليم إلا بالقبض، وكان عاجزًا عن التسليم فى الحال، وههنا لا حاجة إلى التسليم؛ لأن المبيع فى يد المشترى؛ لأنه فى ذمته، وإذا جاز الشراء، إن نقد المائة فى المجلس، فالشراء ماضٍ على الصحة، وإن افترقا من غير قبض، بطل الشراء، وهذا بخلاف ما لو وجب للمستقرض على المقرض كر حنطة، ثم إن كل واحد منهما اشترى ما عليه لصاحبه بما لصاحبه عليه، وتفرقا، حيث يجوز؛ لأن فى المسألة الأولى الافتراق حصل بعد قبض أحد البدلين حكمًا، وفى المسألة الثانية [حصل] بعد قبض البدلين حكمًا، قالوا: وهذا الجواب الذى ذكر فى الكتاب قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن عندهما المستقرض يصير ملكًا للمستقرض بنفس القبض، فيجب عليه مثله دينًا فى الذمة، فيصح الشراء.

أما على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: المستقرض لا يصير ملكًا للمستقرض إلا بالاستهلاك بعد القبض، فلم يجب فى ذمة المستقرض للحال شىء، فلا يصح الشراء له، فإذا استهلكه، ثم اشتراه الآن، يصح الشراء له بلا خلاف.

ثم إذا نقد المشترى وهو المستقرض المائة فى المجلس، ثم وجد بالكر العرض عيبًا، لم يرده؛ لأنه لا وجه إلى رده بحكم الشراء؛ لأن الشراء لم يتناوله، ولا وجه إلى رده بحكم العرض؛ لأن القرض تبرع لا يوجب السلامة عن العيب، لكن يلزم المستقرض مثل المقبوض، ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن؛ لأن المبيع كر وجب فى الذمة بدلا عن المقبوض بحكم القرض، والمقبوض بحكم القرض معين، فكذا ما وجب بدلا عنه، والعقد يقتضى السلامة عن العيب، وقد ظهر العيب بالمبيع، وتعذر رده؛ لأنه كان دينًا فى ذمة المستقرض، وقد سقط عن ذمته كما اشتراه، وهلك بمنزلة ما لو اشترى عبدًا، وهلك فى يد المشترى، ثم اطلع على عيبه.

ولو كان المقرض المقبوض مستهلكًا، كان الجواب كما قلنا، إلا أن الفصل الأول يكون مختلفًا، والفصل الثانى يكون مجمعًا، وكذلك الجواب فى كل مكيل وموزون غير الدراهم والدنانير والفلوس إذا كان قرضًا، ولو كان المستقرض اشترى الكر الذى عليه بالقرض بكر مثله جاز، إذا كان عينًا، وإن كان دينًا لايجوز، إلا إذا قبضه فى المجلس، لما مر.

١١٩١١- فإن وجد المستقرض بالقرض عيبًا، لم يرده، ولم يرجع بنقصان العيب، بخلاف الفصل الأول، والفرق فى هذا الفصل لو رجع بنقصان العيب، يرجع بنقص الكر الذى دفع المستقرض عوضًا عن المستقرض، فيكون هذا مبادلة [كر] من طعام بأقل من الكر، وذلك ربا، أما فى الفصل الأول لو رجع بنقصان العيب، يرجع بنقصان الدراهم التى دفع المستقرض عوضًا عن الكر المستقرض، فيكون هذا مبادلة كر بأقل من مائة درهم، وذلك جائز.

١١٩١٢- ولو اشترى المشترى[1] الكر المستقرض بعينه، وهو مقبوض، لم يصح شراءه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأنه صار [ملك] المستقرض بنفس القبض، فإنما اشترى ملك نفسه، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى يصح؛ لأنه صار ملك المقرض.

فإن قيل: [لم] لا نقدم فسخ القرض تصحيحًا لما قصد، كما تقدم فسخ البيع بألف على البيع[2] بألفين تصحيحًا لما قصد؟ قلنا: فسخ القرض لا يتم إلا برد المقرض، وذلك فعل، والأفعال لا يمكن إثباتها بطريق الاقتضاء، فلا يثبت فسخ القرض إلا إذا سقط اعتبار الرد شرطًا لتمام الفسخ مقتضى الإقدام على البيع، ولا وجه إلى ذلك؛ لأن ما صار شرطًا للشىء لا يسقط اعتباره، وإن كان ثبوت ذلك الشىء بطريق الاقتضاء، ونظير هذا ما قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه فيمن قال لغيره: أعتق عبدك عنى بغير شىء، لا يثبت الهبة بطريق الاقتضاء؛ لأن القبض شرط لها، وإنه فعل، فلا يمكن إثباتها بطريق الاقتضاء، إلا إذا سقط اعتبار القبض شرطًا للهبة، ولم يسقط، وإن كان ثبوت الهبة مقتضى غيره، وهو الإعتاق عن الآمر، كذا ههنا.

١١٩١٣- ولو اشترى [المقرض] من المستقرض عين القرض صح عند أبى حنيفة رضى الله تعالى؛ لأنه ملك المستقرض، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: لا يصح؛

---

(١) وفى النسختين: "م" و"ف": المستقرض.

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى النسخة "ظ": على العيب.

لأنه بقى على ملك المقرض.

١١٩١٤- رجل أقرض رجلا ألف درهم على أنها جياد، فقبضها، ثم اشتراها المستقرض بما[1] عليه من القرض بعشرة دنانير، صح، أما على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ فلأنه وجب على المستقرض مثل تلك الدراهم دينًا فى الذمة بنفس القبض.

وأما على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى: فلأن العقد لا يتعلق بالدراهم المعيبة بالإشارة، فلا يتعلق بالدراهم التى فى الذمة بالإضافة إليها، بل يتعلق بمثلها، ويصير هو بائعًا الدنانير بمثل تلك الدراهم، فصار وجود تلك الدراهم فى الذمة والعدم بمنزلة، بخلاف مسألة الطعام؛ لأن العقد يتعلق بالطعام المعين بالإشارة إليه، فيتعلق بما فى الذمة بالإضافة، فإذا لم يكن فى ذمته شيء، لا يصح الشراء، ثم إذا صح الشراء ههنا بالاتفاق، فإن لم ينقد الدنانير فى المجلس، وافترقا، بطل العقد، وإن نقد الدنانير فى المجلس، فالعقد ماض على الصحة؛ لأن فى الوجه الأول افترقا بعد قبض البدلين حكمًا، وفى الوجه الثانى افترقا بعد قبض البدلين: أحدهما: حقيقةً، والآخر: حكمًا، فإن وجد المستقرض الدراهم القرض زيوفًا، أو نبهرجة، لم يردها على ما ذكرنا، ولا يرجع بنقصان العيب ههنا أيضًا، بخلاف مسألة شراء الكر الذى عليه بالدراهم، والفرق أن العقد يتعلق بالكر الذى هو عين بالإشارة، فيتعلق بالكر الذى فى ذمة المستقرض بالإضافة، فإذا تعلق العقد بالكر الذى فى ذمة المستقرض، فلو رجع بحصة العيب من الدراهم، كان [مشتريًا] الكر بأقل من المائة، وإنه ليس بربا، أما العقد لا يتعلق بالدراهم التى فى ذمة المستقرض، بالإضافة إليها، لما ذكرنا، فيجب للمستقرض بهذه المبائعة ألف درهم فى ذمة المقرض بدلا عن الدنانير، وللمقرض على المستقرض ألف درهم مثل ذلك بزعمهما، فالتقيا قصاصًا، وصار المستقرض قاضيًا ما كان عليه للمقرض بما وجب للمستقرض فى ذمة المقرض بالشراء [فلو رجع عليه بنقصان العيب ليسلم له ألف درهم وشيء بمقابلة ألف درهم، وهذا هو الربا][2].

١١٩١٥- وإذا ادعى الرجل على غيره شيئًا مما يكال أو يوزن أو يعد، فاشتراه المدعى عليه من المدعى بمائة دينار، ثم تصادقا أنه لم يكن للمدعى على المدعى عليه شيء، فالعقد باطل تفرقا، أو لم يتفرقا؛ لأن العقد يتعلق بالكر فى الذمة بالإضافة، فإذا تبين [أنه] لم يكن

---

(١) وفى النسخة "ظ": ما.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

فى الذمة، تبين أنه باع المعدوم، وبيع المعدوم باطل.

١١٩١٦- ولو ادعى دراهم، أو دنانير، أو فلوسًا، فاشتراها المدعى عليه بدراهم، ونقد الدراهم، ثم تصادقا أن لم يكن عليه شىء، ففى مسألة الدراهم والدنانير إن لم يتفرقا، ورجع بمثل ما اشترى فى المجلس، يصح العقد؛ لأن العقد لم يتعلق بالمسمى فى الذمة، فيجعل كأنه وجد مطلقًا، فلا يبطل بتأخير القبض إلى آخر المجلس، ولو تفرقا عن المجلس، بطل العقد لافتراقهما عن المجلس قبل قبض أحد البدلين حقيقةً فى [عقد الصرف، وفى] الفلوس لا يبطل العقد، وإن تفرقا عن المجلس قبل قبض ما اشترى؛ لأن فى بيع الفلوس بالدراهم، يكتفى بقبض أحد البدلين حقيقةً؛ لأنه ليس بصرف على ما ذكرنا.

١١٩١٧- وإذا اشترى الرجل من غيره شيئًا بدراهم على المشترى، وهما يعلمان أنه لا شىء للبائع على المشترى لا يجوز، ويكون هذا بمنزلة شراء بغير ثمن؛ لأنه سمى مالا يتصور ثمنًا.

١١٩١٨- وإذا باع درهمًا كبيرًا بدرهم صغير، أو درهمًا جيدًا بدرهم ردىء يجوز؛ لأن لهما فيه غرضًا صحيحًا، فأما إذا كانا مستويين فى القدر والصفة، فبيع أحدهما بالآخر، هل يجوز، وهل يصير مثله فى دينًا فى الذمة، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: لا يجوز، وإليه أشار محمد فى الكتاب، وبه كان يفتى الحاكم الإمام أبو أحمد رحمه الله تعالى.

١١٩١٩- وإذا اشترى من آخر ألف درهم بمائة دينار، ونقد مشترى الدراهم الدنانير، ولم ينقد بائع الدراهم، وقد كان لبائع الدراهم على مشترى الدراهم ألف درهم دين قبل عقد الصرف، فقال بائع الدراهم لمشترى الدراهم: أجعل الألف التى وجب لك [على] بعقد الصرف بالألف التى لى عليك، ورضى به المشترى [جاز]، وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز، ولقب المسألة أن المتصارفين إذا تقاصا بدل الصرف بدين وجب قبل عقد الصرف، جاز استحسانًا، لأنهما لما قصدا وقوع المقاصة، فقد حولا عقد الصرف إلى ذلك الدين، ولو أضافا إليه العقد فى الابتداء بأن اشترى بالعشرة التى له عليه دينارًا، وقبض الدينار فى المجلس يجوز، فكذا إذا حولا العقد إليه فى الانتهاء، وهذا لأنهما قصدا تصحيح هذه المقاصة، وتحويل الصرف إلى ذلك الدين طريق صحيح، هذه المقاصة وما يتوصل به إلى المقصود يكون

مقصودا لكل واحد [فهو معنى قولنا : حولا عقد الصرف إلى ذلك الدين][1]، ولهذا شرطنا التراضى منهما على المقاصة، وإن كان فى سائر الديون تقع المقاصة بدون التراضى؛ لأن هذا تحويل العقد إلى ذلك الدين، والعقد قدتم بهما، والتصرف فيه بالتحويل لا يكون إلا بتراضيهما، وأما المقاصة بدين وجب عليه بالشراء بعد عقد الصرف، بأن اشترى رجل من رجل دراهم بدينار، ونقد الدينار، ولم يقبض الدراهم حتى اشترى مشترى الدراهم من بائع الدراهم ثوبًا بدراهم، فقال بائع الدراهم لمشترى الدراهم : أجعل الدراهم التى لى عليك [من ثمن الثوب] بالدراهم التى لك على بعقد الصرف، وتراضيا عليه، ذكر فى رواية أبى سليمان : أنه يجوز، وإليه أشار فى "الزيادات"، وذكر فى رواية أبى حفص : أنه لا يجوز، وهذا أصح، وجه ذلك؛ لأنهما إنما يملكان تحويل العقد إلى ما كان يصح منهما إضافة العقد إليه فى الابتداء، وذلك فى الدين الذى سبق وجوبه على عقد الصرف، لافى الدين الذى تأخر وجوبه عن عقد الصرف [وفى هذه المسألة كلمات كثيرة، ولها فروعات كثيرة كتبنا جملة ذلك فى بيوع المستزاد][2].

١١٩٢٠ - قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع" : وإذا بيعت الدراهم المغشوشة بالفضة الخالصة، فهو على ثلاثة أوجه : الأول : [أن] تكون الفضة فيها مغلوبة، بأن كان ثلثا هذه الدراهم صفرًا، وثلثها فضة، فبيع هذه الدراهم بالفضة الخالصة وزنًا بوزن، فإن كان وزن الفضة الخالصة [مثل] وزن هذه الدراهم المغشوشة، يجوز؛ لأن قدر ما فى الدراهم المخلوطة من الفضة تقابله من الفضة الخالصة مثل وزنه، والباقى من الفضة الخالصة بإزاء الصفر الذى فى الدراهم، فيقع الأمن من الربا، وكذلك لو بيعت هذه الدراهم بفضة خالصة وزنها أكثر من وزن هذه الدراهم، يجوز المغشوشة، وإن بيعت هذه الدراهم بفضة وزنها أقل من [وزن] هذه الدراهم المغشوشة، فإن كانت الفضة الخالصة أكثر من الفضة التى فى الدراهم المغشوشة، صح أيضًا؛ لأن قدر ما فى الدراهم المخلوطة من الفضة [الخالصة] بإزاء الصفر فى الدراهم، فيقع الأمن عن الربا.

وإن كانت الفضة الخالصة مثل ما فى وزن الدراهم المخلوطة من الفضة، كان باطلا؛ لأن الصفر لا يقابله شىء من هذه الصفرة، فيكون ربا، وكذلك إن كانت الفضة الخالصة أقل وزنًا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م" فقط.

من الفضة التي في الدراهم ، لا يجوز من الطريق الأولى ، وكذلك إذا كان لا يدرى أى الفضتين أكثر الخالصة منهما ، أو المخلوطة ، أو هما سواء ؛ لا يجوز ؛ لأن هذا البيع يجوز بجهة واحدة ، وهى أن تكون الفضة الخالصة أكثر ، ولا يجوز من الوجهين ، وهو أن يكون من الفضة المخلوطة أكثر ، أو كانا سواء ، فكان ما يوجب الفساد أغلب ، فرجح جانب الفساد .

١١٩٢١- الوجه الثانى : أن تكون الفضة فى الدراهم المغشوشة غالبة ، بأن كان ثلثاها فضة ، وثلثها صفراً ، فبيعت بالفضة الخالصة ، لم يجز إلا سواء بسواء ؛ لأن الصفر إذا كان أقل ، كان مغلوبًا مستهلكًا ، فلم يعتبر ، وصار كخبث الفضة ، فاعتبر بيع الزيوف بالجياد ، وقد جاءت السنة فى هذا أن جيدها ورديئها سواء ، فلم يعتبر الصفر حالة كونه مغلوبًا ، بل هدره .

وفرق بين الصفر وبين الفضة ، حيث اعتبر الفضة ، وإن كانت مغلوبة ، ولم يجعلها هدرا ، والفرق بينهما وهو أن الفضة إن كان أقل ، فهى قائمة للحال حقيقةً ، فإنها ترى وتشاهد ؛ لأن اللون لون الفضة ، ومتى أذيبت ، تخلص الفضة ، وتخرج بيضاء نقية ، ولاتحرق ، وإنما تحترق الصفر ، وما أمكن تخليصه لا يكون مستهلكًا ، وكانت الفضة قائمة باعتبار الحال والمآل ، هذا من جهة الحقيقة ، وأما من جهة العرف ، فلأن الفضة لا تجعل فى الصفر لتصير خلطًا فى الصفر ، بل لترويج الصفر بالفضة ، ولهذا سموه دراهم ، ولهذا جعلوا الفضة ظاهرًا ، والصفر باطنًا ، فكانت الفضة معتبرة ، وإن كانت أقل من الصفر ، فأما الصفر إذا كان أقل ، فإنه مستهلك باعتبار الحال ؛ لأنه لا يشاهد فى الدراهم ، وكذا باعتبار المآل ، فإن الصفر يحرق عند التمييز ؛ لأنه أضعف جوهرًا من الفضة ، فكان أشد احتراقًا على ما يقول أهل هذه الصنعة ، وهم السباكون ، فلم يكن به عبرة ، هذا من جهة الحقيقة .

وكذا من جهة العرف ، فإن الصفرة إنما يجعل فى الفضة ليكون خلطًا للفضة ، ورداء لها عن الجودة إلى الرداءة ، فصار بمنزلة خبث الفضة ، فسقط اعتباره ، وصار هذا البيع بمنزلة بيع فضة جيدة بفضة ردية ، فيعتبر فيه المساواة على مامر .

١١٩٢٢- وأما الوجه الثالث : وهو ما إذا كانا على السواء ، بأن كانت الدراهم المخلوطة نصفها فضة ، ونصفها صفر ، فبيعت بالفضة الخالصة ، قال فى الكتاب : هذا على وجهين : إما إن كانت الفضة التى فى الدراهم غالبة على الصفر ، أو لم تكن ، فإن كانت الفضة هى الغالبة ، فهذا والوجه الثانى من الباب سواء ، لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا وزنًا بوزن ، وإن لم تكن الفضة هى الغالبة ، بل كانا على السواء ، فهو بمنزلة الوجه الأول من الباب ، فيكون على التفصيل الذى مر .

فإن قيل : كيف يستقيم هذا التفصيل أن الفضة التى فى الدراهم إما أن يكون أغلب من الصفر التى فيها ، أو على السواء ، وقد وضع المسألة فيما إذا تساويا؟ قلنا : معنى هذا الكلام ما حكى عن العلماء رحمهم الله تعالى من الصيارفة أن الصفر والفضة إذا دخلا فى النار ، فالصفر أشدهما احتراقًا ، وأسرعهما ذهابًا ، فيجوز أن يكون النصف من هذا والنصف من ذلك حال حملهما إلى النار للذوب وبعد ما حملا إلى النار ، وأذيبا ، واختلطا ، يحترق شىء من الصفر قبل أن يذوب شىء من الفضة ، فتصير الفضة فى النار غالبة على الصفر ، فإنما أراد بقوله النصف من هذا والنصف من ذلك حال حملهما إلى النار ، وما فصل من الجواب ، فقال : إذا كانت الفضة غالبة ، أو كانا على السواء ، أراد بذلك بعد ما أذيبا ، فربما ينتقص الصفر ، فيصير الفضة غالبة ، وربما لا ينتقص ، فيبقيان على السواء .

وإن كانت الفضة هى الغالبة ، كان نظير الوجه الثانى من الباب ، وإن كان على السواء ، كان نظير الوجه الأول من الباب ، فيكون على التفاصيل التى مرت ، ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى فى هذه المسألة ما إذا كان الصفر غالبًا على الفضة ، وإنما يذكر لأنه وضع هذه المسألة فيما إذا كانت الفضة والصفر سواء حال حملهما إلى النار ، وتصير الغلبة بعد الذوب والاختلاط ، وغلبة الصفر بعد الذوب إذا كانا على السواء قبل ذلك لا يكون بحال ؛ لأن الصفر أكثر احتراقًا من الفضة على ما مر ، فإنما لم يذكر هذا الوجه فى هذه المسألة لهذا .

١١٩٢٣- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع" أيضًا : وإذا كانت الدراهم ثلثاها صفر ، وثلثها فضة ، فاشترى بها رجل متاعًا وزنًا ، جاز على كل حال ، ولا تتعين تلك الدراهم ، وإن اشترى بدراهم مسماة من هذه الدراهم بغير عينها عددًا ، وهى بينهم وزنًا ، فلا خير فى ذلك ، لأن قوله : اشتريت بكذا درهمًا انصرف إلى الوزن ؛ لأنهم متى تعاملوا الشراء بها وزنًا ، لا عددًا ، تقررت الصفة الأصلية للدراهم ، وهى الوزن ، وصارت العبرة للوزن والثمن إذا كان موزونًا فإنما يصير معلومًا بأحد الأمرين ، إما بذكر الوزن أو بالإشارة إليها ، ولم يوجد شىء من ذلك ، فكان الثمن مجهولا ، وهذه جهالة يوقعها فى المنازعة ؛ لأن فيها الخفاف والثقال ، والثقل معتبر عند الناس [متى تعاملوا] لشراءها وزنًا ، فلهذا لم يجز ، وإن اشتراها بعينها[1] عددًا ، فلا بأس ، وإن كان تعامل الناس المبايعة بها وزنًا ؛ لأن جهالة الوزن فى المشار إليه لا يمنع جواز البيع ، فيصح ، ويصير التعيين معتبراً لبيان النقد والمقدار ، فيصير كأنه قال :

---

(١) هكذا فى النسخ البواقى التى عندنا ، وكان فى الأصل : بغيرها .

اشتريت بمثل وزن هذه الدراهم، فبعد ذلك إن أدى من غيرها ما يحتاج إلى وزن هذه الدراهم المشار إليها ليمكنه معرفة قدرها بالوزن، فيمكن من أداء غيرها بمثل وزن هذه الدراهم، وإن أدى عينها[1] كما في الدراهم الخالصة.

١١٩٢٤- ولو عيّن هذه الدراهم وسماها، وقال: اشتريت [منك] هذا المتاع بهذه الدراهم، وهي كذا كذا درهمًا، أراد به تسمية الوزن، وكان يباع فيما بين الناس وزنًا، وقع ذلك على الوزن؛ لأن تقدير كلامه: اشتريت منك هذا العرض بهذه الدراهم [على أنها ألف، أو على أنها مائة، ولو قال: هكذا، وجب على المشترى أن يوفّيها وزنًا على الوزن الذى][2] يكون فى بلادهم كذا ههنا، هذا إذا كان يباع بينهم وزنًا، وإن كان يباع بينهم عددًا، فاشترى بها بغير عينها عددًا، جاز، وإن كان فيها الخفاف والثقال؛ لأن الناس متى تعاملوا الشراء بها عددًا، لا وزنًا، فالجهالة من حيث الثقل والخفة لا توقعهما فى المنازعة، فلا يمنع الجواز.

وإن كانت الدراهم ثلثاها صفرًا، فهى بمنزلة الدراهم الزيوف، والنبهرجة إن اشترى بها، إن لم يكن مشارًا إليها، لا يجوز الشراء إلا وزنًا، كما لو كان الكل فضة زيفًا، ولهذا لم يجز استقراضها إلا وزنًا، وإن كان مشارًا إليها، يجوز الشراء بها [من غير وزن] كما فى الدرهم الزايف، وإن كانت الدراهم نصفها صفرًا، ونصفها فضة، فالجواب فيما إذا كانت الدراهم ثلثاها صفرًا، وثلثها فضة سواء؛ لأن عند الاستواء لا يصير الفضة تبعًا للصفر، فلا يجوز الشراء فى حق الفضة تبعًا للصفر، فلا يجوز الشراء فى حق الفضة إلا بطريق الوزن، فكذا فى حق الصفر.

١١٩٢٥- ولو اشترى رجل من آخر ثوبًا بدراهم بعينها من التى ثلثاها صفر، وهى عندهم تباع وزنًا، أو عددًا، ولم يتفرقا حتى ضاعت، لم ينقض البيع حتى يعطيه مثلها؛ لأنها إن كانت تباع وزنًا، فهى بمنزلة الدراهم، وإن كانت تباع عددًا، فهى بمنزلة الفلوس الرائجة، وأيهما كان لا يتعين بالتعيين، فهلاكها لا يوجب انتقاض البيع، هذا إذا علم عددها، أو وزنها، حتى يتمكن المشترى من إعطاء مثلها عددًا، أو وزنًا، كما قال محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب، أما إذا لم يعلم، ينتقض البيع؛ لأن الثمن يصير مجهولا، فلا يتهيأ للمشترى رد مثل المشار إليها، والحالة هذه.

---

(١) هكذا فى النسخ التى عندنا، وكان فى الأصل: من غيرها.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وإن كانت الدراهم ثلثاها فضة، وثلثها صفرًا، فهي بمنزلة الدراهم النبهرجة والزيوف، لا ينتقض البيع بهلاكها، ويرد مثلها وزنًا إن علم وزن المشار إليه، فإن لم يعلم وزن المشار إليه، ينتقض البيع، وكذلك الجواب فيما إذا كان نصفها فضة، ونصفها صفرًا؛ لأنه إذا كان هكذا، فهو بمنزلة فضة ضم إليها، فليس رابح، فلا يتعين أيضًا، وإن كانت الدراهم ثلثاها صفرًا، بيعت وزنًا بيع السلع، يجب أن يتعين بالتعيين، فيبطل البيع بهلاكها قبل التسليم، كذا قاله مشايخنا رحمهم الله تعالى.

١١٩٢٦ - وإذا كانت الدراهم صنوفًا مختلفة، منها ثلثها فضة، وثلثاها صفر، ومنها [ما ثلثها صفر] وثلثاها فضة، ومنها ما نصفها فضة، ونصفها صفر، فلا بأس ببيع إحدى هذه الصنوف بالصنف الآخر متفاضلا، يدًا بيد، ولاخير في ذلك نسيئة، يريد إنه لا بأس ببيع ما كان الصفر فيه غالبًا بما كان الصفر فيه مغلوبًا، وببيع ما كان الصفر فيه مغلوبًا بما كان الصفر والفضة فيه على السواء، أو على العكس يدًا بيد، ولاخير فيه نسيئة، أما لا بأس به يدًا بيد، وإن كان متفاضلا؛ لأنه يصرف فضة هذا إلى صفر ذلك، وصفر ذلك إلى فضة هذا، ويجعل بمنزلة ما لو باع صفرًا وفضة بصفر وفضة، فإنه يجوز كيف ما كان، ولكن بعد أن يكون يدًا بيد، وأما لا خير فيه نسيئة؛ لأن الوزن يجمعهما، وهما ثمنان، فيحرم النَسْء.

وأما إذا باع جنسًا منها بذلك الجنس متفاضلا، ففيما إذا كانت الفضة غالبة لايجوز؛ لأن المغلوب ساقط الاعتبار، فكان الكل فضة، فلا يجوز إلا مثلا بمثل، وفيما إذا كان الصفر غالبًا، أو كانا على السواء، يجوز متساويًا ومتفاضلا؛ لأن الصفر معتبر، والفضة كذلك، فأمكن صرف الجنس إلى خلاف الجنس، ويشترط أن يكون يدًا بيد باعتبار صورة الفضة، وعلى قياس هذه المسألة قالوا: إذا باع من العدليات التي في زماننا واحدًا باثنين، يجوز بعد أن يكون يدًا بيد، هذه الجملة من "الجامع الكبير".

١١٩٢٧ - وفي "نوادار ابن سماعة": سئل أبو يوسف رحمه الله تعالى عن بيع درهم بخاري بدرهمين بخاريين، وقد يكون في بعض البخاري من النحاس دانقين ونصف، وفي بعضها دانقين، قال: لا يجوز من قبل أن الفضة غالب، فلا يجوز إلا مثلا بمثل وزنًا بوزن، قال: ولو كان النحاس غالبًا، لا يجوز أيضًا، إلا مثلا بمثل.

وفي زمن الغطارف ببخاري أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى كانوا يفتون بجواز بيع غطريفة بغطريفتين يدًا بيد، وكانوا يقولون في كل غطريفة سدس فضة، فإن بيع منها اثنان، أو ثلاثة، أو أربعة، أو خمسة بدرهم فضة خالصة يجوز، ويجعل من الفضة الخالصة بمثل الفضة

التى فى الغطارف، والفضل بإزاء النحاس.

١١٩٢٨- وسئل أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه عن الدراهم البخارية إذا كان الغالب فيها النحاس، فقال: هى بمنزلة الفلوس، وكان الشيخ الإمام الجليل أبوبكر محمد ابن الفضل رحمه الله تعالى لا يفتى بجواز بيع الغطارف واحدًا باثنين، وكان يقول: تقررت الغطارف ثمنًا فى بلادنا بحيث لا يتبدل ولا يتغير، فألحقت بالدراهم الجياد، وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه قال: إذا كان النحاس هو الغالب على الفضة فى الدراهم، وكل واحد منهما يتخلص على حدة إن خلص لم يجز أن يشتريها إلا بأكثر من الفضة التى فيها، وإن كان يحترق الفضة، ويبقى النحاس، فهو نحاس كله، ولا بأس بأن يشتريها بأقل من الفضة التى فيها، وهى بمنزلة الفلوس، ولا تحتسب بالفضة التى تحترق، فلا تبقى.

وإن كانت الفضة تبقى والصفر تحترق[1]، لم يحتسب بالصفر، وعومل به كما يعامل بالفضة، ثم قال: كل شىء من ذلك يحترق، فيذهب، ويذوب لم يحتسب به.

١١٩٢٩- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر دينارًا بعشرين درهمًا، وقبض [الدينار، ولم يدفع الدراهم] حتى وهب الدينار لبائعه، ثم فارقه قبل أن يدفع إليه الدراهم، الهبة فى الدينار جائزة، ولبائع الدينار على مشترى الدينار دينار مثله؛ لأن بالافتراق قبل قبض الدراهم بطل عقد الصرف، فوجب على المشترى رد ما قبض من الدينار، وقد عجز عن رد عينه، فيلزمه رد مثله، فلا يحكم بانتقاض الهبة ببطلان عقد الصرف.

وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن البيع باطل، والهبة باطلة؛ لأنها بناء على البيع، وقد بطل البيع بالافتراق، ولا شىء على المشترى لبائع الدينار؛ لأن بانتقاض الهبة رجعت الهبة إلى بائعها بحكم قديم ملكه، فلا شىء له غير ذلك.

١١٩٣٠- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمهم الله تعالى: رجل له على رجل كر حنطة، فباعه إياه بعشرة دراهم على أن مشترى الكر فيه بالخيار إلى أجل مسمى، وقبض الدراهم، قالوا: هذا فاسد؛ لأن مشترى الكر لم يملك الدراهم حين شرط الخيار لنفسه فى الكر، فهذا دين بدين؛ لأنه اشترى الكر، وهو دين بعشرة دراهم، وهو دين حين لم يملكها بائع الكر.

---

(١) هكذا فى النسخ: "ظ" و"ف" و"م"، وكان فى الأصل: تحتسب.

نوع آخر
فى بيع الأشجار وفى بيع الثمار، وإنزال الكرم والأوراق، والمبطخة وفى بيع الزرع، والرطب والحشيش:

١١٩٣١- ذكر فى "فتاوى أبى الليث": فيمن اشترى أشجاراً ليقطعها من وجه الأرض، فلم يفعل حتى أتى على ذلك مدة، وجاء أوان الصيف، فأراد المشترى أن يقطعها، فهذا على وجهين: الأول: أن لا يكون فى القطع ضرر بيّن بالأرض وأصول الأشجار، وفى هذا الوجه له أن يقطعها؛ لأنه يتصرف فى ملكه الثانى[1] إن يكون فى القطع ضرر بين بالأرض وأصول الأشجار، وفى هذا الوجه ليس له أن يقطع دفعًا للضر عن صاحب الأرض والأشجار، وإذا لم يكن للمشترى ولا ية القطع فى هذه الصورة، ما ذا يصنع؟

اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: يدفع صاحب الأرض قيمة الأشجار إلى مشتريها، وتصير الأشجار له، واختلفوا فيما بينهم أنه يدفع قيمتها مقطوعة، أو قائمة؟ عامتهم على أنه يدفع قيمتها قائمة؛ لأنه بتملكها قائمة، وهو الصحيح، وبعضهم قالوا: ينتقض البيع بينهما فى الأشجار، ويرد صاحب الأرض على المشترى ما دفع إليه من ثمن الأشجار؛ لأنه عجز عن التسليم معنى، وبه كان يفتى الفقيه أبوجعفر الهندوانى، واختاره الصدر الشهيد فى "واقعاته" وهكذا كان يفتى فى جنس هذه المسائل نحو بيع الأوراق وغير ذلك.

١١٩٣٢- وفى "فتاوى أهل سمرقند": طلب الرجل من آخر أن يبيع منه أشجاراً فى أرضه للحطب، فاتفقا على رجال من أهل البصرة لينظروا الأشجار بعينها أنها كم وِقرًا يكون من الحطب، فاتفقوا على أن هذه الأشجار خمسة وعشرون وِقرًا من الحطب، فاشتراها بثمن معلوم، فلما قطعها كانت أكثر من خمسة وعشرين وِقرًا، وأراد البائع أن يمنع الزيادة، ليس له ذلك؛ لأن هذا وصف الشجر[2]، فيطيب للمشترى، كالزيادة فى الثوب.

١١٩٣٣- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": رجل له شجرة، جعل على بعض الأشجار علامة، فباع الشجرة إلا الأشجار التى عليها العلامات، فقطع المشترى الأشجار، ثم ادعى البائع على المشترى أنك قطعت بعض الأشجار التى عليها العلامة، وأنكر المشترى،

---

(١) وفى "م": لأنه يتصرف فى ملكه، وإن كان فيه ضرر بين، فليس له أن يقطع دفعا للضرر. . . إلخ.

(٢) وفى "ظ": وصف الأشجار، وفى "م": وصف للشجر.

فالقول قول المشترى مع يمينه؛ لأنه منكر، وإن ادعى البائع أنه كسر أغصان الأشجار التى عليها العلامة، وقال المشترى: لم أتعمّد[1] ذلك، ولكن لم يكن منه بد إذا قطعت أشجارى، فإن كان ذلك مما يمكن التحرز عنه، فعليه ضمان النقصان؛ لأنه غير مأذون من جهة البائع فى ذلك، وإن كان لا يمكن التحرز عنه، فلا ضمان عليه؛ لأنه مأذون من البائع فى ذلك دلالة.

١١٩٣٤- وفى "واقعات الناطفى": إذا باع شجرًا وعليه ثمر قد أدرك أو لم يدرك، جاز، وعلى البائع قطع الثمر من ساعته؛ لأن المشترى يملك الشجرة، فيجبر البائع على تسليمها فارغة، وكذلك لو أوصى بنخله لرجل، وعليه ثمر، ثم مات الموصى، أجبر الورثة على قطع الثمر[2]، وهو المختار من الرواية.

١١٩٣٥- وفى "فتاوى أهل سمرقند": شجرة جوز أصلها واحد، ولها فرعان، باع صاحبها أحد الفرعين، جاز إن عين موضع القطع، ولم يكن فى القطع ضرر؛ لأن هذا بيع استجمع شرائطه.

١١٩٣٦- باع نصيبًا له [من الشجرة] بغير إذن شريكه، وبغير أرض، فإن كانت الأشجار قد بلغ أوان قطعها، فالبيع جائز؛ لأن المشترى لا يتضرر بالقسمة، وإن لم يبلغ أوان قطعها لم يجز؛ لأن المشترى يتضرر بالقسمة.

١١٩٣٧- وفى "العيون": اشترى رجلان نخلة فيها تمر، وتواضعا على أن لأحدهما النخلة، وللآخر الرطب، فالبيع جائز، ويقسم الثمن على قيمتهما؛ لأن كل واحد منهما ينفرد بالبيع، وكذا لو اشتريا أرضًا فيها نخيل على أن لأحدهما الأرض، وللآخر النخيل جاز، ولصاحب الشجرة أن يقلعه، وإن كان فى قلعه ضرر بين، فهو بينهما؛ لأنه حينئذٍ بمنزلة الفصّ مع الخاتم، والحلية مع السيف، ويجوز شراء الشجرة بشرط القلع[3].

وأما شراءها بشرط القطع[4]: فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، والصحيح أنه يجوز.

---

(١) وفى "ف": اتعمدت العلامة ذلك، ولكن لم يكن منه بدا.

(٢) هكذا فى النسختين: "ظ" و "م"، وكان فى الأصل و "ف": البسر.

(٣) وفى النسخة "ظ": القلع.

(٤) وفى النسخة "ظ": القطع.

فى شفعة شيخ الإسلام فى باب شفعة الأرضين والأنهار : [قد ذكرنا جواز شراء الشجرة بشرط القلع قبل هذا من غير ذكر اختلاف المشايخ .

١١٩٣٨- وفى "العيون" : إذا باع نصيبًا له من شجرة بغير إذن الشريك بغير أرض ، فإن كانت الأشجار قد بلغ أوان قلعها ، فالبيع جائز ، وإن لم يبلغ لم يجز ؛ لأن فى الوجه الأول شريكه لا يتضرر بالقسمة ، وفى الوجه الثانى يتضرر](١) .

١١٩٣٩- وأما بيع الثمار على الأشجار فهو على وجهين : الأول : أن يبيعها قبل الطلوع ، أى قبل الظهور ، وفى هذا الوجه لا يجوز البيع ، الوجه الثانى : أن يبيعها بعد الطلوع ، وإنه على ثلاثة أوجه : أحدها : أن يبيعها قبل أن يصير منتفعًا ، بأن لم يصلح لتناول بنى آدم وعلف الدواب ، وفى هذا اختلف المشايخ ، ذكر شمس الأئمة السرخسى وشيخ الإسلام خواهر زاده أنه لا يجوز ، وذكر شيخ الإسلام أبو الحسن القدورى والقاضى الإمام الإسبيجابى : أنه يجوز ، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الزكاة فى باب العشر .

وفى "الجامع" : فى كتاب الإجارات [وهو الصحيح](٢) ، والحيلة فى ذلك حتى يجوز هذا البيع على قول الكل أن يبيعه مع أوراقه ، بأن يبيع الكمثرى فى أول ما يخرج من ورده مع أوراقه ، فيجوز البيع فى الكمثرى تبعًا للبيع فى الأوراق ، ويجعل كأنه ورق كله حتى يجوز البيع .

الوجه الثانى : إذا باعه بعد ما صار منتفعًا به ، وتناهى عظمه ، ولا شك أن فى هذا الوجه يجوز البيع إذا باعه مطلقًا ، أو بشرط القطع ، وإن باع بشرط الترك ، فالقياس أن لا يجوز ، وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى ، وفى الاستحسان : يجوز ، وبه أخذ محمد رحمه الله تعالى ، وجه ما ذهب إليه محمد أن شرط الترك لو أوجب فساد العقد فى هذه الصورة ، إما أن يوجب من حيث إنه بيع شرط فيه إجارة أو إعارة ، ولا وجه إليه ؛ لأن إجارة النخيل وإعارته لا يتحقق ، أو من حيث إنه شرط فيه زيادة مال يحصل للمشترى من ملك البائع سوى المبيع ، ولا وجه إليه أيضًا ؛ لأنه تناهى عظمه ، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمه ؛ لأن فيه اشتراط زيادة من مال البائع سوى المبيع ، فأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى ذهبا فى ذلك إلى أنه شرط فى هذا المبيع ما لا يقتضيه العقد ، أو زيادة مال من مال البائع سوى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل والنسختين : "ظ" و "ف" ، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م" .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبتت هذه العبارة من "م" .

المبيع يحصل للبائع زيادة موجودة وطراوة، وللمشترى فيه منفعة، والبيع لا يقتضى هذا، ومثل هذا الشرط يوجب[1] فساد البيع.

الوجه الثالث: إذا باعه بعد ما صار منتفعًا به، إلا أنه لم يتناهِ عظمه، وفى هذا الوجه البيع جائز، إذا باع مطلقًا، أو بشرط القلع، وإن باع بشرط الترك، فالبيع فاسد؛ لأن هذا بيع شرط فيه ما لا يقتضيه البيع، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة.

بيانه: أن المشترى شرط لنفسه زيادة مال يحصل له سوى ما دخل تحت البيع من مال البائع، وهذا شرط لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، ومثل هذا يوجب فساد البيع لما يأتى بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ثم إذا جاز البيع إذا باع مطلقًا، أو [بشرط القطع إذا] تركه المشترى حتى أدرك، هل تطيب [له] الزيادة، إن ترك بإذن البائع، أو استأجر منه الأشجار، يطيب له الزيادة؛ لأن الزيادة إنما استفادها [المشترى] من مال البائع بإذنه، فيطيب له ذلك.

١١٩٤٠- وإذا اشترى ثمار بستان على ما هو العرف، ويقال بالفارسية: بر باغو، وبعض الثمار قد خرج، وبعضها لم يخرج بعد، هل جاز هذا البيع؟ ظاهر المذهب أنه لا يجوز، وكان شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى يفتى بجوازه فى الثمار، والباذنجان، والبطيخ، وغير ذلك، وكان يزعم أنه مروى عن أصحابنا رحمهم الله تعالى، وهكذا حكى عن الشيخ الإمام الجليل أبى بكر محمد بن الفضل أنه كان يفتى بجواز هذا البيع، وكان يقول: اجعل الموجود أصلا فى هذا العقد، وما يحدث بعد ذلك تبعًا، ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر؛ لأن الأقل يجعل تابعًا للأكثر، أما الأكثر لا يجعل تابعًا للأقل، وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى فى بيع الورد على الأشجار أنه يجوز، ومعلوم أن الورد لا يخرج جملة، ولكن يتلاحق البعض بالبعض، قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى: والأصح عندى أنه لا يجوز هذا البيع؛ لأن المصير إلى هذا الطريق إنما يكون عند تحقق الضرورة، ولا ضرورة ههنا؛ لأنه يمكنه أن يبيع أصول هذه الأشياء مع ما فيها من الثمرة، وما يتولد بعد ذلك يحدث على ملك المشترى، وعلى هذا نص فى القدورى.

وإن[2] كان البائع لا يعجبه بيع الأشجار، فالمشترى يشترى الثمار الموجودة ببعض

---

(١) هكذا فى النسخة "ف"، وكان فى الأصل و "ظ": يوجد.

(٢) وفى النسخة "ظ": وإنما كان.

الثمن، فيؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده، أو يشترى الموجود بجميع الثمن، ويحل له[١] الانتفاع بما يحدث، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق، فلا ضرورة إلى تجويز العقد في المعدوم.

١١٩٤١- وإذا اشترى إنزال الكرم وبعض الثمار، صار منتفعًا [والبعض لم يصر منتفعًا] لا شك أن هذا الشراء جائز على قول من قال: بجواز شراء الثمار قبل أن يصير منتفعًا بها، ومن قال بأن شراء الثمار قبل أن يصير منتفعًا لا يجوز، اختلفوا فيما بينهم، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: والأصح عندي أنه لايجوز، وطريقه ما قلنا.

وفي "فتاوى أهل سمرقند": إذا اشترى إنزال الكرم، وبعضه نيء، وبعضه قد أنضج، فإن كان كل نوع بعضه نيء، وبعضه قد أنضج، جاز، وإن كان بعض الأنواع نيئًا، والبعض قد أنضج، لا يجوز، وقال: لأن المجوز العرف، ولاعرف هنا، والصحيح أنه يجوز في الوجهين جميعًا، وهذا إذا باع الكل، فإن باع البعض، وبعضها نيء، وبعضها قد أنضج، أو الكل، لا يجوز، وكذلك إذا كان مشتركًا بين رجلين، باع أحدهما نصيبه، وبعضه نيء، أو الكل نيء، لا يجوز؛ لأنه يحتاج إلى القسمة، والمنتفع يقسم، وغير المنتفع لا يقسم [هكذا ذكر المعنى في "فتاوى أهل سمرقند"][٢].

هذا إذا باع من أجنبي، فإن باع من شريكه، أفتى ركن الإسلام السغدي رحمه الله تعالى أنه لا يجوز، وبعضهم قالوا: لو باع من العامل لا يجوز، ولو باع العامل من رب الكرم يجوز، كما في الزرع، على ما يأتي بيانه [بعد هذا] إن شاء الله تعالى، فأما إذا باع من الأجنبي لا يجوز، ولكن لا لما قالوا أنه يحتاج إلى القسمة، وغير المنتفع لا يقسم؛ لأن بعض الثمار ينتفع به قبل النضج انتفاع أعلاف الدواب بها، ومع هذا لا يجوز البيع في الكل، ولكن الرجوع في ذلك أنه يحتاج إلى القسمة، ولا تتأتى القسمة إلا بالقلع، وفي القلع ضرر للمشتري.

١١٩٤٢- وفي "متفرقات شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله تعالى": أن بيع الثمار على رؤوس الأشجار قبل أن يبدو صلاحها لا يجوز، وبعد ما بدا صلاحها يجوز، وفسّر بدو الصلاح بصيرورته منتفعًا، قال: ولا يشترط النضج إلا في الكمثرى، والجوز، والخوخ؛ لأن

---

(١) هكذا في "م"، وكان في الأصل، والنسختين: "ظ" و "ف": ويحل له البائع الانتفاع.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "م".

هذه الأشياء غير منتفع بها من حيث الأكل قبل النضج، وهذا ليس بصواب في الكمثرى؛ لأن قبل النضج يصير منتفعًا بها من حيث إعلاف الدواب.

١١٩٤٣- وفي صلح "فتاوى أبي الليث": إذا باع الثمار قبل أن تدرك، إن كان الثمار حِصرمًا، أو تفاحًا، أو ما أشبه ذلك يجوز، وإن كان خوخًا، أو كمثرى لا يجوز، إلا أن يكون قد أدرك بعضها، فيجوز فيما أدرك، وفيما لم يدرك على تلك الشجرة إذا لم يشترط الترك، وهذا كما قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: فيمن باع الفيلق وبعضها دود، لم يصر فيلقا جاز البيع في الكل، والجواب الذي ذكر غير مستقيم في الكمثرى لما مر.

ولو باع نزل الكرم والعنب كالبَلَح، إن عبر بعبارة العنب، لا يجوز البيع، وإن صار عنبًا لا ينقلب البيع جائزًا، وإذا لم يعبر بعبارة العنب لا يجوز البيع في الحال؛ لأنه لا ينتفع به أصلا، وإذا صار عنبًا ينقلب ذلك البيع جائزًا.

وإذا باع الثمر على الشجر، والبعض قد خرج، ثم خرج الباقي، فإن حلّل له البائع جاز.

١١٩٤٤- ولو اختلط الحادث بالموجود، فإن كان يعرف الحادث، فالعقد صحيح على حاله، وإن كان لا يعرف، فإن كان قبل التخلية، فسد البيع؛ لأنه تعذر التسليم بسبب الاختلاط، فيعتبر بما لو تعذر بسبب الهلاك، وإن كان بعد التخلية لايفسد العقد؛ لأنه تمام العقد بالتسليم، وقد وجد وانتهى نهايته، فلا يفسد بالاختلاط، وقد اختلط ملك أحدهما بالآخر، فكانا شريكين فيه، والقول قول المشتري في قدر ذلك؛ لأنه في يده.

١١٩٤٥- وفي "القدوري" أيضًا: إذا اشترى ثمرة بدا صلاح بعضها، وصلاح الباقي يتقارب، وشرط الترك، جاز عند محمد رحمه الله تعالى؛ لأن المعتاد أن الثمرة يدرك أكثرها، ويتلاحق باقيها، فصار كما لو كان الكل مدركة، فصح شرط الترك عنده، وإن كان يتأخر إدراك البعض تأخّرًا كثيرًا، فالبيع جائز فيما أدرك، ولم يجز [في] الباقي، وهذا إنما يكون في العنب غالبًا أن بلوغ الأسود منه يتقدم، ويتأخر باقيه تأخّرًا كثيرًا، فيصير كالجنسين إذا بلغ أحدهما ولم يبلغ الآخر، فيجوز بيع ما قد بلغ عنده [بشرط] الترك دون ما لم يبلغ لما عرف من أصله.

١١٩٤٦- وإذا اشترى الرجل عنب كرم على أنه ألف، فلم يخرج منه إلا قدر تسعمائة،

فللمشترى أن يطلب البائع بحصته مائة [من][(١)] من الثمن ؛ لأن البيع بقدر المائة المن لم يصح فيه البيع لمكان العدم، وصح بقدر التسعمائة المن، فيطالب البائع بحصة ما لم يصح فيه البيع، ولا يطالبه بحصة ما صح فيه البيع، قالوا : على قياس [قول] أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ينبغى أن يفسد العقد فى الباقى ؛ لأن العقد فسد فى البعض[بمفسد] مقارن للعقد، وهو العدم، والأصل عنده أن العقد متى فسد فى البعض بمفسد مقارن للعقد يفسد [العقد] فى الباقى.

وكان القاضى أبوالحسن قاضى الحرمين يروى عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه [فى جنس هذا أن العقد فاسد فى الكل، و به كان يقول شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله][(٢)]، وعليه كثير من المشايخ رحمهم الله تعالى، وكان شمس الأئمة السرخسى يقول : بأن العقد [فيما] وجد صحيح عند الكل ؛ لأن البائع ما ضم المعدوم إلى الموجود فى البيع، بل باع الموجود، وظن أنه مقدار معين، وتبين أنه لم يكن ذلك المقدار، فبهذا لا يصير تابعًا المعدوم، وسيأتى جنس هذه المسألة بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وفى "النوازل" : إذا قال الرجل لغيره : بعت منك عنب هذا الكرم، كل وقر[(٣)] بكذا، والوقر معروف بينهم، فهذا على وجهين : إما إن كان العنب من جنس واحد، وفى هذا الوجه يجوز البيع فى الكل، ذكر المسألة مطلقة من غير ذكر خلاف.

قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى فى "واقعاته" : يجب أن تكون المسألة على الخلاف على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه يجوز فى وقر واحد، وعلى قولهما يجوز فى الكل، بناء على مسألة الصبرة إذا قال لغيره : بعتك هذه الصبرة من الحنطة، كل قفيز بدرهم، على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه يجوز فى قفيز واحد، وعندهما يجوز فى الكل، قال رحمه الله تعالى : والفتوى على قولهما تيسيرًا للأمر على الناس.

وإن كان العنب أجناسًا مختلفة، فعلى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : ينبغى أن لا يجوز أصلا، وعلى قولهما : يجوز فى الكل [بناء على مسألة القطيع، فإن من قال لغيره : بعتك هذا القطيع من الغنم، كل شاة بدرهم، فعلى قول أبى حنيفة : لا يجوز البيع أصلا،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت هذا من النسخة "ظ".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) وفى "م" : كل قفيز بكذا، والقفيز معروف عندهم.

وعندهما يجوز في الكل](١).

١١٩٤٧- وفي "النوازل" أيضًا: إذا باع أوراق الشجر -وقد ظهرت على الشجر- بثمن معلوم، وقبض الثمن، ولم يأخذ المشتري الأوراق حتى ذهب وقتها، وأراد الرجوع بالثمن، فإن كان شرى الأوراق بأغصانها، وكان موضع القلع معلومًا ليس له الرجوع؛ لأنه قادر على [قبض] المشتري بالقلع، إلا أنه إذا كان في القطع فساد الشجر، يجبر البائع، إن شاء رضي بالقطع، وإن شاء نقض البيع، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: وهذا هو القول المختار في مسألة بيع الأشجار التي تقدم ذكرها، فإن اشترى الأوراق بدون الأغصان، كان له الرجوع بالثمن؛ لأنه لما بقي أيامًا، فسد البيع؛ لأنه لا بد وأن يخرج شيء من الأوراق في هذه المسألة، فيختلط المبيع [بغير المبيع]، وكذلك بيع ثمار الأشجار على هذا.

١١٩٤٨- وفي "فتاوى أهل سمرقند": إذا اشترى أوراق التوت على أن يقطعها(٢) من ساعته يجوز، وإن اشتراها على أن يأخذها شيئًا فشيئًا، لا يجوز؛ لأنه يزداد، فيختلط المبيع بغير المبيع، وإن اشتراها، ولم يشترط شيئًا، فإن أخذها في اليوم جاز، وإن مضى اليوم، فسد البيع؛ لأنه يزداد ويمكن التحرز عنه.

والحيلة في ذلك أن يشتري الشجرة بأصلها، ويأخذ الأوراق، ثم يبيع الشجرة من البائع.

١١٩٤٩- وأما بيع المَبطخة: رجل أراد أن يبيع مَبطخة على وجه يصح البيع بالاتفاق، ينبغي أن يبيع الحشيش وأشجار البطيخ ببعض الثمن الذي اتفقا عليه، حتى إن ما يحدث بعد ذلك يحدث على ملك المشتري، ثم يؤاجر الأرض من المشتري [ببقية] الثمن، ليتمكن المشتري من إبقاء الحشيش والأشجار، فيحصل مقصودهما.

١١٩٥٠- في "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى"، وفي "فتاوى الفضلي": إذا باع من آخر شجرة البطيخ قبل أن تخرج الحدجة بهذه اللفظة: اين خيار زار بتو فروختم، جاز؛ لأن البيع يقع على شجرة البطيخ دون ما يخرج من الحدجة، ثم ما يخرج من الحدجة يخرج على ملكه.

١١٩٥١- وفي هذا الموضع أيضًا: مَبطخة بين شريكين، باع أحدهما نصيبه من إنسان

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) هكذا في "م"، وكان في الأصل و"ف" و"ظ": أن يعطيها.

[من غير أرض][١] لا يجوز ؛ لأن فى قلعه ضرراً يلحق غير البائع ، والإنسان لايجبر على تحمل الضرر ، وإن رضى به ، فينبغى أن يشترى كل المَبطخة من الشريكين ، ثم يفسخ البيع فى النصف .

وسئل شمس الإسلام الأوزجندى رحمه الله تعالى عن بيع الغالين قبل أن يظهر شىء لا يجوز ، وأما بيع الزرع والرطبة والحشيش إذا باع الزرع وهو بقل ، إن باعه على أن يقطعه المشترى ، أو على أن يرسل دابته فيها ليأكل جاز ؛ لأنه شرط ما يقتضيه العقد [وإن باعه على أن يتركه حتى يدرك لا يجوز ؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد][٢] .

وكذلك إذا باع رطبة ، وفارسيتها : سيست زار ، فهو على التفصيل الذى ذكرنا ، هو المختار ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى .

١١٩٥٢- فى "فتاوى أبى الليث" : أرض بين رجلين ، فيها زرع لهما ، باع أحدهما نصف الزرع الذى هو نصيبه من غيره بدون الأرض ، فهذا على وجهين : إن كان الزرع مدركًا يجوز ؛ لأنه لا يتضرر هذا [البيع] صاحبه ؛ لأن أكثر ما فيه أن المشترى يقلع الزرع ليمكنه أخذ النصف ، إلا أنه لا ضرر على صاحبه فى ذلك إذا كان مدركًا ، و إن كان غير مدرك ، لا يجوز إلا برضا صاحبه ، باع مطلقًا أو بشرط القلع ، وإن باع بشرط الترك لا يجوز ، وإن رضى به صاحبه ، أما إذا باع بشرط الترك ، إنما لا يجوز ، وإن رضى به صاحبه ؛ لأن هذا بيع فيه شرط فاسد ، وإنه لايوجب الفصل بين الرضا وعدم الرضا ، وأما إذا باع مطلقًا ، أو بشرط القطع ، إنما لا يجوز إذا رضى به صاحبه ؛ لأنه تضمن إلحاق الضرر بصاحبه ؛ لأنه لا يمكن للمشترى قلع[٣] النصف [وإلقاء النصف ، وإبقاء النصف] باعتبار مساحة الأرض ؛ لأن الزرع فى أطراف الأرض يتفاوت ، قد يكون فى بعضها ملتفا ، ولايكون فى البعض كذلك ، فتعذر القسمة باعتبار مساحة الأرض ، فيجب اعتبار القسمة باعتبار المقلوع ، فإذا قلع الكل يتضرر به صاحبه إذا لم يكن مدركًا ، وأحد الشريكين إذا تصرف فى المحل المشترك ، يتضرر به صاحبه ، وإنه يقبل الرد ، لايجوز تصرفه إلا برضا صاحبه ، هذه الجملة من صلح شيخ الإسلام رحمه الله تعالى .

---

(١) هكذا فى "م" .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبتت هذه العبارة من "ظ" و "ف" .

(٣) وفى "م" : قطع بدلا من قلع .

ومسألة المَبطخة التى تقدم ذكرها مع تعليقها أن الإنسان لا يجبر على [تحمل][(١)] الضرر وإن رضى به، دليل على بيع أن نصف الزرع بدون الأرض لايجوز، وإن رضى به صاحبه.

١١٩٥٣- ولو باع أحدهما نصف الزرع مع نصف أرضه جاز، وقام المشترى مقام البائع، ثم فى الفصل الأول إذا لم يجز بيع نصف الزرع لو لم يفسخ العقد حتى أدرك الزرع انقلب العقد جائزًا؛ لأن المانع من الجواز قد زال، ويعلم من هذه المسألة كثير من المسائل، فإذا كان الزرع كله لرجل باع نصفه من رجل بدون الأرض، إن كان الزرع مدركًا يجوز، ، وإن لم يكن مدركًا لا يجوز؛ لأن هذا البيع يتضمن إلحاق الضرر بالبائع فيما يتناوله البيع، فيكون فاسدًا، كبيع الجذع فى السقف.

١١٩٥٤- وإذا كان الزرع مع الأرض مشتركًا بين رجلين، باع أحدهما نصيبه من الزرع من شريكه بدون الأرض لا يجوز، إذا لم يكن الزرع مدركًا؛ لأن هذا بيع تضمن إلحاق الضرر بالمشترى فيما ليس بمعقود عليه؛ لأن البائع يأمر المشترى بقلع ما اشترى منه ليفرغ أرضه، وعلى هذا القطن، وسائر أنواع الزرع، إذا كان مشتركًا بين اثنين، باع أحدهما نصيبه من صاحبه دون الأرض.

وأما إذا باع نصف الزرع مع نصف الأرض من شريكه، أو من أجنبى بغير رضا شريكه جاز [وقام المشترى مقام البائع][(٢)] فى شفعة شيخ الإسلام.

وفى "الأجناس": إذا باع النصف من الزرع المشترك من شريكه، يجوز فى ظاهر الرواية، وروى هشام عن محمد رحمه الله تعالى أنه لا يجوز، وإذا كان الزرع بين رب الأرض وبين الأكار، فباع رب الأرض نصيبه من الأكار لا يجوز، ولو باع الأكار نصيبه من رب الأرض جاز؛ لأنه لا يحتاج فى التسليم إلى القسمة، فلا يتضرر به أحدهما.

فى الباب الأول من بيوع "الواقعات": ولو كان مدركًا جاز بيع كل واحد منهما نصيبه من صاحبه.

١١٩٥٥- وفى "الأصل": إذا باع رب الأرض الأرض، وفيها زرع بينه وبين الأكار، وجعله على وجهين: الأول: أن يكون الزرع، وفى هذا الوجه يتوقف البيع على إجازة المزارع، سواء باع الأرض مع الزرع أو بدون الأرض.

---

(١) هكذا فى "م" و"ف"، وكان فى الأصل و"ظ": عمل مكان تحمل.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "م".

أما إذا باع مع الأرض، فلأن بعض الزرع ملك الأكار، وقد باعه صاحب الأرض بدون إذنه، فيتوقف البيع فيه على إجازته، وكذلك توقف بيع الأرض، ونصيب رب الأرض من الزرع؛ لأن المزارع استحق ببقية نصيبه فى الأرض إلى وقت الحصاد، ولو نفذ البيع، كان للمشترى قلع الزرع، فيبطل حق المزارع فى بقية نصيبه.

وأما إذا باع الأرض بدون الزرع، فلهذه العلة أنه لو نفذ البيع بطل حق البائع فى بقية نصيبه فى الأرض، فإن كان باع الأرض مع جميع الزرع، وأجاز المزارع البيع فى الأرض والزرع جميعًا، نفذ البيع، وانقسم الثمن على قيمة الأرض.

وعلى قيمة الزرع فما أصاب الأرض، فهو لصاحب الأرض، وما أصاب الزرع، فهو بين رب الأرض والمزارع نصفان، فإنه لم يجز الزرع البيع، فالمشترى بالخيار إن شاء ترخص حتى يدرك الزرع، وإن لبيع؛ لأن البائع عجز عن تسليم ما باع حق الزرع، فصار بمنزلة ما لو عجز بإباق العدو.

١١٩٥٦- وعن أبى يوسف: أن المشترى إذا علم بالمزارعة وفى البيع، فلا خيار له؛ لأن معتق حق الغير بالمبيع بمنزلة العيب؛ لأن المشترى يمنع نفسه عن الانتفاع، والعيب لم يوجب فوات المنفعة، والشراء مع العلم بالعيب لا يوجب الخيار، وإن كان صاحب الأرض باع الأرض وحدها، فإن أجاز المزارع البيع، فالأرض للمشترى، والزرع بين رب الأرض والمزارع، باع الأرض وحدها، فإن لم يجز المزارع البيع، فللمشترى الخيار[1] بين الأرض وإن كان صاحب الأرض باع الأرض بحصة من الزرع، وأجاز المزارع البيع أخذ المشترى الأرض، وحصة رب الأرض من الزرع وقت البيع.

فالصحيح أنه ليس له ذلك الوجه الثانى إذا كان الزرع وقت البيع، وفى هذا الوجه إن باع الأرض وحدها، أو مع حصة من الزرع جاز البيع من غير توقف؛ لانعدام الموجب للتوقف، وهو بطلان حق البائع فى بقية نصيبه من الزرع إلى وقت الإدراك أن يصبح البيع فى هذه الصورة.

١١٩٥٧- وإن باع حصة مع جميع الزرع نفذ البيع فى الأرض، ونصيبه من الزرع لرب الأرض، وإن لم يخير، يخير المشترى إذا لم يعلم بالزراعة وقت الشراء لتفريق الصفقة، ولهذه المسألة تفريعات وأجناس تأتى فى كتاب المزراعة.

---

(١) وهذه العبارة غير واضحة.

في الباب الأول من بيوع "الواقعات" : ولو كان مدركًا جاز بيع كل واحد منهما نصيبه من صاحبه، وفي مزارعة "الجامع الأصغر" : قال : يصير مزارع بالثلث باع نصيبه من الزرع من رب الأرض أو غيره لا يجوز.

١١٩٥٨- وفي "نوادر إبراهيم بن رستم" عن محمد رحمه الله : رجل دفع أرضه مزارعة، ثم باع الأرض بزرعه يعني بنصيبه من الزرع، والزرع بقل، وأجاز المزارع، فهو جائز، وإن أجاز على أن يكون نصيبه في الأرض مزارعة، فهذا فاسد.

قال في "البقالي" : وإن استحصد الزرع وقد كان سمّى الزرع في البيع، جاز البيع، وقسم الثمن على قيمة الأرض ونصيب البائع، وأحاله إلى كتاب المزارعة.

١١٩٥٩- وفي "المنتقى" رواية مجهولة : إذا شترى الرجل أرضًا فيها زرع للبائع، والحراث اشترى الأرض بنصيب البائع من الأرض، فإن طلب تسليم الأرض لم يجز، وإن قال : أنا أمكث حتى يستحصد الزرع جاز، ولا يتصدق المشتري بشيء من الزرع ؛ لأنه زاد في أرضه.

وفي "البقالي" : إذا كان الأرض بين رجلين، فزرعها أحدهما، ونبت الزرع فرضيا[1] على أن يعطيه الآخر مثل نصف البذر، ويكون الزرع بينهما يجوز، ولايجوز قبل أن ينبت.

ولو طلب الآخر القلع قسمت الأرض، ويؤمر المزارع بقلع ما في نصيب الشريك، ويغرم بنقصان نصيبه الشريك، إن كانت المزارعة قد نقصت الأرض ومن اشترى أرضًا وزرعها، فاشترك بغيره في الأرض، والزرع جاز، ولو أشركه في الزرع دون الأرض لا يجوز، ذكره محمد في "الرقيات".

١١٩٦٠- وإذا اشترى أرضًا وفيها زرع، والزرع بقل، فقبل أن يقبض الأرض دفعها مزارعة إلى البائع بالنصف لا يجوز؛ لأنه يصير بائعًا الزرع، وهو منقول، وبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وإذا باع الأرض مع نصف الزرع، أشار في كتاب المزارعة في باب المغدر في المزارعة : أنه لا يجوز.

ثم بيع نصف زرع بدون الأرض إنما لا يجوز في موضع كان لصاحب الأرض حق القرار بأن زرع في ملكه، إنما إذا لم يكن له حق القرار بأن كان متعديًا في الزراعة كالغاصب جاز بيع نصف الزرع؛ لأنه إذا لم يكن لصاحب الزرع حق القرار كان القلع مستحقًا عليه،

(١) وفي النسختين : "م" و "ف" : فتراضيا.

ومستحق القلع كالمقلوع، ولو كان مقلوعًا حقيقةً جاز بيع نصفه، كذا ههنا.

١١٩٦١- وعلى هذا إذا باع نصف البناء بدون الأرض إن كان محقًا فى البناء لايجوز، وإن كان متعديًا يجوز، وذكر هذه الجملة شيخ الإسلام فى شرح كتاب الشفعة فى باب العروض.

١١٩٦٢- وإذا اشترى الفصل، فهذا على وجهين: الأول: أن يشتريه قبل أن يصير منتفعًا به، وفى جوازه اختلاف على نحو ما بينا فى الثمار.

الثانى: أن يشتريه بعد ما صار منتفعًا به يصلح لعلف الدواب، فإن اشتراه بشرط القطع أو إطلاق الكلام، فالبيع جائز، وإن اشتراه بشرط الترك، فالعقد فاسد.

ثم إذا جاز بأن اشتراه بشرط القطع، أو مطلقًا، فاستأجر المشترى الأرض مدة معلومة جاز، وفى الثمار لو استأجر الأشجار مدة معلومة مثل هذه الصورة لايجوز.

وفرق آخر بينهما أن ههنا لو استأجر الأرض إلى وقت الإدراك يلزمه أجر المثل، ولا يطيب له الفضل بطيب.

١١٩٦٣- ولو استأجر الأشجار إلى وقت إدراك الثمر فى مثل هذه الصورة يطيب له الفضل، ولا يلزمه شىء من الأجر.

والفرق أن الإجارة فى مسألة النخيل أضيف إلى غير محلها، وهى الأشجار لأن الحادث من الأشجار زيادة فى الثمر، والزيادة فى الثمر عين، والعين ليس بمحل الإجارة، التصرف المضاف إلى غير محله لا جواز له، ولا انعقاد، فبقى مجرد الإذن بالترك من غير عقد، ولا فساد فيه، فيطيب الفضل ولا يجب الأجر.

وأما فى مسألة القصيل الإجارة أضيف إلى محلها، وهو الأرض، والحاصل من الأرض منفعة التربية، فأما الزيادة فى الحب يحصل من القصيل؛ لأن القصيل للحب كالشجر للثمر، ولما وجدنا ههنا أصلا نصف[1] بحصول زيادة العين إليه كان الحاصل إليه من الأرض مجرد منفعة التربية، فتنعقد الإجارة عليها بوصف الصحة عند بيان المدة، وبوصف الفساد عند ترك بيان المدة، فما حصل من الزيادة بسببه حاصل بسبب خبيث، وهو العقد الفاسد، فيجب التصدق مع أجر المثل.

١١٩٦٤- وإذا باع جزة من الكراث بعد ما علا يجوز، وإن باع كذا كذا جزة لايجوز؛

---

(١) وهذا الفظ غير واضح.

لأن البيع إنما ينعقد على ما هو موجود، وقد علا، وهى الجزة الأولى.

أما الجزة الثانية والثالثة معدومة لم ينبت بعد، فلا يجوز البيع، وكذلك هذا فى سائر البقول إذا باع منه جزة بعد ما علا يجوز البيع، وكذلك كذا وكذا جزة لايجوز، وكذلك فى القصيل إذا باع بعد ما علا ليقصل فى الحال يجوز البيع، وكذلك هذا فى الأشجار إذا باعها وهى نابتة ليقطع، أو ليقطع فى الحال، فهو جائز.

١١٩٦٥ - وأما قوائم الخلاف وشعب النخيل، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى جواز بيعها، ونص الكرخى فى كتابه على الجواز، ورواه عن أصحابنا رحمهم الله تعالى [ومن قال: بعدم الجواز قال: لأن موضع القطع مجهول، فهو بمنزلة ما لو اشترى شجرة على أن يقطعها لا يجوز، لأن موضع القطع مجهول، حتى لو بين موضع القطع فى القوائم يجوز البيع بلا خلاف، بمنزلة ما لو اشترى شجرة على أن يقطعها من وجه الأرض][1].

١١٩٦٦ - ولو باع حشيشا فى أرضه، إن كان صاحب الأرض هو الذى أنبت، بأن سقاها لأجل الحشيش، فنبت بتكلفه جاز؛ لأنه ملكه ألا ترى أنه ليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه، وإن نبت بنفسه لا يجوز؛ لأنه ليس بمملوك له بل هو مباح الأصل، ألا ترى أن لكل واحد أن يأخذه، فلهذا لم يجز بيعه، وهكذا ذكر فى "النوازل".

وفى "القدورى": ولا يجوز بيع الكلأ فى أرضه، وكذا لا يجوز بيع الكمأة فى الأرض، وقال ثمه: ولو ساق الماء إلى أرضه لحقته مؤنة، حتى خرج الكلأ، لم يجز بيعه، قال: لأن الشركة فى الكلأ ثابتة بالنص، وإنما ينقطع الشركة بالحيازة، وسوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة للكلأ، فبقى الكلأ على الشركة، فلايجوز بيعه، وما ذكر القدورى رحمه الله تعالى يخالف ما ذكر فى "النوازل".

نوع آخر
فى بيع المرهون والمستأجر والمغصوب والآبق
وأرض القطيعة، والإجارة، والإكارة:

اختلف عبارات الكتب فى المرهون، وقع فى بعض الكتب أن بيع المرهون فاسد، ووقع فى بعضها أن البيع موقوف، من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: فى المسألة روايتان،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

وعامتهم على أن الصحيح أن البيع موقوف إن قضى الراهن المال، أو أبرأه المرتهن منها، ورد الراهن عليه، ورضى به، تم البيع، وإن لم يجز المرتهن بيعه، وطلب المشترى من القاضى التسليم، فالقاضى يفسخ العقد بينهما، وهذا لأن البيع صدر من المالك، وللمرتهن حق فى المحل، وكما يجب مراعاة حق المالك، يجب مراعاة حق صاحب الحق، وإنما يصير الحقان مراعى إذا قلنا بالتوقف.

ومعنى قوله فى بعض الكتب: إن بيع المرهون[1] فاسد أنه لا حكم له، فكان فاسداً فى حق الحكم، وهذا لأن البائع مالك للعين، وتأثير حق الغير [فقلنا][2] فى دفع الحكم، لا فى فساد العقد فى نفسه، كبيع مال الغير، وبيع المستأجر نظير بيع المرهون موقوف عند عامة المشايخ رحمهم الله تعالى، وهو الصحيح، وللمشترى الخيار إذا لم يعلم وقت الشراء أن المشترى مرهون، أو هو مستأجر لتأخر التسليم[3] لحق المرتهن، والمستأجر، وإن كان عالما به وقت الشراء، فكذلك عند محمد رحمه الله تعالى يثبت له الخيار؛ لأن كون المشترى مرهونًا أو مستأجرًا عند محمد بمنزلة الاستحقاق.

١١٩٦٧- ومن اشترى من رجل مال غيره، والمشترى يعلم أن المشترى مال الغير، كان للمشترى حق النقض، والرجوع على البائع بالثمن، وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى ليس له حق نقض الشراء؛ لأن كون المشترى مستأجرًا أو مرهونًا عنده بمنزلة العيب.

ومن اشترى شيئًا معيبًا، وعلم بكونه معيبًا وقت الشراء، فلاخيار له فى فسخ العقد، وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى الخلاف على هذا الوجه فى شرح حِيَل الخصاف، وأحاله إلى "النوادر"[4].

وذكر الصدر الشهيد فى "واقعاته": أنه إذا كان يعلم بكونه مرهونًا، أو مستأجرًا، فله الخيار فى ظاهر الرواية، وذكر القاضى الإسبيجابى فى شرحه: أنه إذا كان عالمًا [بكونه مرهونًا أو مستأجرًا] فلا خيار له فى ظاهر الرواية.

١١٩٦٨- وكذلك إذا اشترى أرضًا، ولها أكار، فهو على هذين الوجهين، يعنى فى

---

(١) وفى "ظ": أن بيع المرتهن.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه اللفظة من "م".

(٣) وفى "م": أو هو مستأجر، وإنما يتأخر التسليم. . . إلخ.

(٤) وفى "ف": النوازل.

حق ثبوت الخيار للمشترى إذا علم وقت الشراء أن لها أكاراً، ولم يعلم، ذكره الصدر الشهيد، وليس للمستأجر حق فسخ البيع بلا خلاف؛ لأن حقه فى المنفعة، والبيع صادف الرقبة، فأما المرتهن هل له حق فسخ هذا البيع؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه: منهم من قال: ليس له ذلك؛ لأنه حقه فى البدل[1]، لا فى الرقبة، والبيع يصادف الرقبة، ومنهم من قال له حق الفسخ؛ لأن البيع يبطل ملك الرقبة، وهو وسيلة إلى استيفاء الدين منه عند الهلاك، وليس للراهن والآجر حق فسخ هذا البيع؛ لأن هذا البيع ينعقد صحيحًا فى حقهما، نص عليه الخصاف فى أدب القاضى فى باب ما لا يجب فيه اليمين، وإنما توقف فى حق المستأجر والمرتهن.

١١٩٦٩- وفى رهن "المنتقى": إذا باع الراهن المرهون بغير إذن المرتهن، ثم باعه من المرتهن، جاز البيع من المرتهن، وهو نقض للبيع الأول[2].

١١٩٧٠- وفى الباب الأول من رهن "الجامع": إذا باع الراهن المرهون من رجل بغير إذن المرتهن، ثم باعه من رجل آخر بغير إذن المرتهن أيضًا، ثم أجاز أحد العقدين، نفذ البيع الذى لحقته الإجازة، والثمن للمرتهن، يستوفى منه حقه، وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى إن أجاز البيع الأول نفذ البيع الأول، وإن أجاز البيع الثانى نفذ البيع الأول، ولو كان مكان البيع الثانى رهنًا، أو إجارة، وأجاز المرتهن الرهن، أو الإجارة، ينفذ البيع، ويبطل الرهن، والإجارة.

١١٩٧١- والآجر إذا باع المستأجر من رجل بغير إذن المستأجر، ثم باعه من المستأجر، جاز البيع من المستأجر، وهو نقض للبيع الأول.

١١٩٧٢- وأما بيع المغصوب، فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": أنه موقوف، إن أقر به الغاصب، تم البيع، ولزمه، وإن جحد وكان للمغصوب منه بينة عادلة، فكذلك الجواب، وإن لم يكن له بينة، ولم يسلمه حتى هلك، انتقض البيع.

---

(١) هكذا فى الأصل و "ظ"، وكان فى "م" و "ف": لأن حقه فى اليد، لا فى الرقبة.

(٢) وفى "م" بعد هذا: وفى "شرح الجامع" فى ظاهر الرواية ليس للمرتهن حق الفسخ.
وروى ابن سماعة عن محمد أن له حق الفسخ، وذكر وجه ظاهر الرواية أن حق المرتهن فى اليد والجنس، لا فى المالية، والبيع يصادف العين من حيث المالية، فلم يكن البيع واقعًا على حق المرتهن ليدفعه بحكم الحق لو دفعه دفعة لأجل تضرر، والضرر يندفع بسبب النفاذ، وصار فصل الرهن وفصل الإجارة سواء، وفى الباب الأول من رهن "الجامع".

بعض مشايخنا قالوا : قول محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب : فإن لم يكن للمغصوب منه بينة ، ولم يسلمه حتى هلك انتقض البيع بظاهره ، غير صحيح ، وينبغى أن لا ينتقض البيع [لأن المبيع وإن فات ، فقد أخلف بدلا ، والمبيع إذا فات وأخلف بدلا لا ينتقض البيع][1] ، بل يتخير المشترى ، كما لو قتل المبيع خطأ ، فينبغى أن لا ينتقض البيع ههنا ، إلا أن يختار المشترى النقض ، وكان تأويل قول محمد رحمه الله تعالى انتقض البيع إذا اختار المشترى النقض ، وبعضهم قالوا : قول محمد بظاهره صحيح ، وينتقض البيع من غير اختيار المشترى النقض ؛ لأن الغاصب متى ضمن القيمة يملك المغصوب من وقت الغصب ، وبيع المولى كان بعد ذلك ، فيظهر أنه كان بائعًا مال الغير ، وهو الغاصب ، بخلاف ما لو قتل بعد البيع ، أو غصب ؛ لأن القيمة هناك وجبت بعد البيع ، فمتى بقى البيع لا يؤدى إلى أن يصير بائعًا مال الغير .

وفى "نوادر بشر" : قال : سألت محمّداً رحمه الله تعالى عمن اشترى المغصوب من المغصوب منه ، وهو فى يد الغاصب ، والغاصب جاحد له ، قال : يجوز ، ويقوم المشترى فى دعواه ذلك مقام المالك ، قال : وهذا قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه .

وذكر ابن سماعة فى "نوادره" : أنه قال : قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : لايجوز بيعه من غير الغاصب ، وقلت : إنما هو جائز .

١١٩٧٣- وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : فى رجل غصب من آخر طعامًا ، وتصدق به ، وكان قائمًا فى يد المساكين حتى اشتراه الغاصب من المغصوب منه ، جاز شراءه ، ويرجع فى صدقته ، ولا يجوز عن كفارة يمينه ، وإن استهلك المساكين الطعام بعد الشراء ، ضمنوا ، ولو لم يشتروا ضمن قيمته ، جازت صدقته ، وأجيزت عنه ، ولم يرجع فيها .

ولو كان الطعام مستهلكًا حال ما اشتراه الغاصب من المغصوب منه فى أيدى المساكين ، فالشراء باطل ، إلا أن يقول : أشترى منك مالك على من الطعام ، فحينئذٍ يجوز الشراء ، وجازت الصدقة للمساكين .

١١٩٧٤- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع" : رجل غصب من آخر عبداً ، الغاصب أمر رجلا حتى يشتريه له من مولاه ، فاشتراه ، صح الشراء ، وصار الآمر قابضًا له بنفس الشراء ؛ لأنه فى يده مضمون ضمان نفسه ، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض المشترى ، وكان الآمر جدد القبض أكثر ما فى الباب أن حق القبض للوكيل ، لا للموكل ، ولكن هذا لا

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

يمنع صحة قبض الموكل إذا وجد، ألا يرى أن الموكل بالبيع ليس له حق قبض الثمن من المشترى، مع هذا لو قبض صح، كذا ههنا.

وكذلك لو أمر رجل أجنبى الغاصب أن يشتريه له، ففعل صح، وصار الآمر قابضًا بنفس الشراء؛ لأنه وجد فى حق المأمور -وهو الغاصب- قبض ينوب هو عن قبض المشترى، فصار هو قابضًا، وقبض المأمور بمنزلة قبض الآمر، فصار الآمر قابضًا من هذا الوجه.

١١٩٧٥- قال فى "الجامع" أيضًا: رجل غصب من آخر جارية، وغصب آخر من رب الجارية عبدًا، وتبايعا العبد بالجارية، وتقابضا، ثم بلغ المالك ذلك، فأجازه، كان باطلا [لأن الإجازة إنما تعمل فى العقد الموقوف، لا فى العقد الباطل، وهذا العقد وقع باطلا][1]؛ لأن البيع تمليك بتمليك، وذلك لا يكون فى بيع مال الرجل بماله.

توضيحه أن الإجازة فى الانتهاء بمنزلة الإذن فى الابتداء، ولو أذن المالك لهما فى الابتداء بذلك، لا ينفذ، فإذا فعلاه بغير إذنه، لا يتوقف أيضًا، ولو كان مالكهما رجلين، فبلغهما، وأجازا، كان جائزًا، وصارت الجارية لغاصب الغلام، والغلام لغاصب الجارية، وهذا لأن كل واحد منهما صار مشتريًا ما فى يد صاحبه بما فى يده، بائعًا ما فى يده بما فى يد صاحبه، ولا يوقف فى الشراء، فقد عرف أن شراء الفضولى لا يتوقف على إجازة [المشترى][2]، بل ينفذ على المشترى، وإنما التوقف فى البيع، فصار شراء كل واحد منهما واقعا لنفسه، كأن كل واحد من المالكين قال لغاصبه: اشتر مملوك فلان لنفسك بمملوكى، وإنما احتيج إلى الإجازة لنفاذ البيع، فانعقد تصرف كل واحد منهما على أن يفيد الملك للمشترى، ولكن عند إجازة المالك، وعلى صاحب الغلام[3] قيمة الغلام لمولاه، وعلى صاحب الجارية[4] قيمة الجارية لمولاه؛ لأن كل واحد منهما صار [مستقرضًا] ما غصب، حتى يكون البدل على من يثبت له الملك فى المبدل.

١١٩٧٦- واستقراض الحيوان وإن كان لا يجوز، إلا أنه إنما لا يجوز إذا حصل ابتداء، والاستقراض ههنا حصل فى ضمن الشراء، وأنه تصرف مشروع، فيصير مشروعًا بشرعيته،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت من "م".

(٣) وفى "م": على غاصب الغلام.

(٤) وفى "م": وعلى غاصب الجارية.

والمستقرض فيما لا مثل له مضمون بالقيمة، فوجب على كل واحد من الغاصبين قيمة ما غصب من هذا الوجه.

١١٩٧٧- وفيه أيضًا: لو أن رجلا غصب من رجل مائة دينار، وغصب آخر من رب الدينار ألف درهم، ثم تبايعا الدراهم الدنانير، يعنى الغاصبين، وتقابضا وتفرقا، ثم بلغ المالك ذلك، فأجازه جاز.

فرق بين هذا وبين المسألة المتقدمة، والفرق أن ههنا العقد ما ورد على الدراهم والدنانير بأعيانهما، وإنما وقع على مثلهما دينًا فى الذمة، فلم يقع على مالين لمالك واحد، فصح البيع بلا توقف، ألا ترى أن مالك الدراهم والدنانير لو لم يجز، وأخذ دراهمه ودنانيره، ولم يتفرقا[1]، حتى نقد كل واحد منهما من مال نفسه يجوز، ولا يفسد البيع، فعلم أن العقد وقع على مثلها دينًا فى الذمة، إلا أن كل واحد منهما صار قابضًا ما وجب فى ذمته بما غصب، فإذا أجازه المالك، جاز[العقد، وصار المالك مقرضًا من كل واحد منهما ما غصب ونقد][2].

أما فى المسألة المتقدمة القبض وقع على العرضين بأعيانهما؛ لأن العرض يتعين فى عقد المعاوضة، فإذا كان الشخص واحدًا، لم ينعقد العقد على ما بينا، والفلوس فى هذا نظير الدراهم والدنانير؛ لأنهما لا يتعينّان بالتعيين.

١١٩٧٨- وفيه أيضًا: رجل غصب من رجل جارية، وغصب رجل من صاحب الجارية مائة دينار، فباع غاصب الجارية من غاصب الدنانير تلك الدنانير، فبلغ المالك، فأجازه صح؛ لأن الجارية إن تعينت فى العقد، فالدنانير لم تتعين، فلم يقع العقد على مالين لواحد، بل وقع على جارية مغصوبة بدنانير فى الذمة، فإذا أجازه صحت الإجازة فى حق البيع؛ لأن بيع الجارية قد توقف على إجازته؛ لأنه يملك الإذن ببيع جاريته بالدنانير، فيملك الإجازة [أيضًا، فإذا أجاز نفذ، وأما نقد الدنانير فإن كان قبل الإجازة عملت الإجازة فيه][3] إذا علم المغصوب منه أنه نقد من ماله، ويصير هو مقرضًا الدنانير من مشترى الجارية، وهذا لأن الشراء لما تعلق بالدنانير فى الذمة، صار مشترى الجارية ينقد الدنانير المغصوبة قاضيًا ما عليه بمال غيره،

---

(١) وفى "م": ولم يتفرق العاقدان.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "م".

فيتوقف على إجازته، فإذا أجاز جاز النقد أيضًا، وتضمن[١] ذلك قرضًا للدنانير على ما مر، فصارت الدنانير [ملكًا][٢] لمشترى الجارية بالقرض مقتضى القضاء، وصار المشترى قاضيًا دنانير نفسه، وقد نفذ بيع الجارية على مالكها بالإجازة، وتثبت الوكالة بالإجازة، فيصير بائع الجارية [قابضًا الدنانير لمالك الجارية بحكم الوكالة، فإن بقيت الدنانير فى يد بائع الجارية][٣]، فهى للمغصوب منه، وإن هلكت فى يده، فلا ضمان؛ لأنها هلكت فى يد الوكيل، وهلاك الثمن فى يد الوكيل لا يوجب عليه ضمانًا، وإن كان النقد بعد الإجازة، وهلكت الدنانير فى يد بائع الجارية، فالمغصوب منه بالخيار، إن شاء ضمن بائع الجارية، وإن شاء ضمن مشترى الجارية، وهذا لأن الإجازة إذا حصلت قبل النقد، فليس ذلك بإذن فى العقد؛ لأن النقد لم يكن موجودًا، ولا يدرى هل ينقد المغصوب أو لا ينقد، فلم تعمل الإجازة فى حق النقد، فصار مشترى الجارية ناقدا دنانير المغصوب منه بغير إذنه، وصار هو غاصبًا بالنقد، وصار بائع الجارية غاصبًا لها بالقبض، فإذا هلكت، كان للمالك الخيار فى تضمينها، فإن ضمن المشترى الجارية، ظهر أنه مالك الدنانير من وقت القبض السابق، وإنه نقد ملك نفسه، فصح النقد، وصار بائع الجارية قابضًا دنانير مشترى الجارية بإذنه، وكان أمينًا فيها، وإن ضمن بائع الجارية، رجع البائع على المشترى؛ لأن قبض البائع لم يسلم ثمنًا له لما استحق عليه عوضه، فاستوجب الرجوع به على المشترى، كما لو كانت الدنانير قائمة بأعيانها، فاخترت من يده.

١١٩٧٩ - وإذا ادعى رجل أرضًا فى يدى رجل، فأقام البينة على ما ادعى، وقضى القاضى بالأرض له، فباعها من رجل، ثم ظهر أنه قد كان باع هذه الأرض قبل أن يدعيها عند القاضى من رجل آخر، فالجائز هو البيع الأول؛ لأنه تبين أنه باع المغصوب، وله بينة، فجاز الأول، ومن ضرورة جواز الأول بطلان الثانى، فأما بيع الآبق، فقد ذكر محمد فى "الأصل": أنه لايجوز، فقد صح أن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الآبق؛ ولأنه معجوز التسليم، والقدرة على التسليم شرط جواز البيع.

---

(١) وفى "م": ويصير ذلك فرضًا مكان: "وتضمن ذلك قرضًا".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وهذا بخلاف ما لو باع عبداً أرسله في حاجته؛ لأن القدرة على التسليم هناك ثابتة وقت العقد حكمًا واعتباراً؛ لأن الظاهر عوده إلى المؤكل، ولا كذلك الآبق، فإن عاد من الإباق، وسلمه إلى المشترى، روى عن محمد: أنه يجوز، وبه أخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا، وهكذا ذكر القاضي الإسبيجابي في شرحه.

والمذكور في شرحه: إذا ظهر الآبق، وسلمه إلى المشترى يجوز البيع، وأيهما امتنع: إما البائع عن التسليم، أو المشترى عن القبض، يجبر عليه، ولايحتاج إلى بيع جديد، إلا إذا كان المشترى رفع الأمر إلى القاضي، وطلب التسليم من البائع، وظهر عجزه عن التسليم عن القاضي، وفسخ القاضي العقد بينهما، ثم ظهر العبد، حينئذٍ يحتاج إلى بيع جديد، وهذا لأن المانع من الجواز العجز عن التسليم بسبب الإباق [وقد ارتفع العجز حين ظهر من الإباق][1].

١١٩٨٠- وفي "مجموع النوازل": إن أجاز المزارع، يكون كلا [النصيبين] للمشترى، يريد به إذا كان في الأرض غلة، وإن لم يجز لا يجوز البيع، وكذا في الكرم، سواء ظهر الثمار، أو لم يظهر، هذا الفصل في الزندويسي، وقيل: الجواب على التفصيل، إن كان البذر [من المزارع لا يجوز في حقه؛ لأنه مستأجر الأرض، وإن كان من رب الأرض، وقد بقى البذر][2] لايجوز، وإن كان الأرض فارغة يجوز، وكذا في الكرم إن لم يظهر الثمار، يجوز البيع، وبه كان يفتى ظهير الدين المرغيناني.

نوع آخر في بيع الحيوانات:

١١٩٨١- قال محمد في "الجامع الصغير": ولا يجوز بيع السمك في حظيرة لا يستطيع الخروج عنها، إذا كن لا يؤخذن إلا بصيد، وإن كنّ يؤخذن [بغير صيد] جاز البيع، والمشترى بالخيار، إذا رآهنّ، يجب أن يعلم بأن هذه المسألة على وجهين: إما إن اجتمعن فيها باحتياله واصطياده، بأن كان اصطادهن، ثم أرسلهن في الحظيرة، وفي هذا الوجه إن كان لا يقدر على أخذهن من غير احتيال واصطياد، لا يجوز بيعهن؛ [لأنه عاجز عن تسليمهن، فهو كبيع الآبق، وإن كان يقدر على أخذهن من غير احتيال، جاز بيعهن؛ لأنه][3] ملكهن بالاصطياد،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

فقد باع ملكه، وهو قادر على التسليم، فيصح، كما لو باع عبداً له قد أرسله في حاجته.

وإن اجتمعن في الحظيرة، لا باختياره واصطياده، لا يجوز بيعهن، أمكن أخذهن من غير احتيال واصطياد أو لم يمكن؛ لأنه [لم يحرزهن] فلم يملكهن، فقد باع ماليس بمملوك له.

فرع على هذا الفصل، وهو ما إذا اجتمعن في الحظيرة، لا باحتياله، واصطياده، فقال: لو سد موضع دخول الماء، فصرن بحال لا يستطعن الخروج منها، لا يجوز البيع عند بعض المشايخ؛ لأنه لم يملكها، لأن هذا القدر ليس بإحراز، فهو بمنزلة طير طار في بيت إنسان، فسد الباب والكوة، وهناك لا يصير محرزاً له بهذا القدر ما لم يأخذه، كذا ههنا، ولا ملك بدون الإحراز، فإنما باع ما لم يملك، فلا يجوز، وعند بعض المشايخ يجوز البيع إذا أمكن أخذهن من غير اصطياد؛ لأنه بما فعل صار آخذاً لهن حكماً، فصرن ملكاً له بمنزلة ما لو وقع في شبكة، فيجوز بيعه، وهذا الخلاف إذا لم يهيئ الحظيرة للاصطياد، فأما إذا هيأها، ملكهن بلا خلاف، فيجوز بيعهن.

١١٩٨٢- وفي كل موضع جاز بيع السمك في الماء إذا قبضه المشتري، ورآه، فله الخيار؛ لأنه اشترى ما لم يرَه، وإذا أخذ سمكة، وجعلها في جب ماء، فالجواب فيه على التفصيل الذي قلنا في الحظيرة، إن كان يقدر على أخذها من غير اصطياد، جاز بيعه.

وإن كان في الحظيرة سمك وقصب، باع السمك والقصب جملة، فإن كان لا يمكن أخذ السمك إلا بصيد، فالبيع فاسد في الكل، اصطاد السمك قبل ذلك أولا، أما في السمك فلأنه باع ما لا يقدر على تسليمه، وأما في القصب، فلجهالة الثمن؛ لأن قيمة السمك مجهولة لايدرى إذا كان لا يؤخذ بغير صيد، وجهالة قيمة السمك يوجب جهالة حصة القصب، فيفسد البيع في القصب لجهالة الثمن، وإن كان يمكن أخذ السمك من غير صيد، إن لم يكن اصطاد السمك قبل ذلك، فالبيع فاسد في السمك، وهل يفسد في القصب؟ قالوا: على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يفسد؛ لأن قبول العقد في السمك يصير شرطاً لقبوله في القصب إذا كانت الصفقة واحدة، وقبول العقد في السمك شرط فاسد، فيفسد العقد في القصب، وعلى قياس قولهما لا يفسد؛ لأن قيمة السمك معلومة إذا كان يأخذ بغير صيد، فتكون حصة القصب معلومة، والصحيح أن على قولهما: يفسد العقد في القصب؛ لأن حصة القصب تصير معلومة بالحزر والظن، إذا الصفقة متحدة، وما يعرف بالحزر يكون مجهولا، فهو نظير ما لو اشترى عبدين بألف درهم، فإذا أحدهما حر.

وإن كان اصطاد السمك قبل ذلك، يجوز البيع في الكل عندهم جميعاً، ذكر شيخ

الإسلام هذه الجملة فى شرح كتاب الشفعة قبل باب تسليم الشفعة .

وإذا أراد الرجل أن يبيع برج حمام مع الحمام، إن باع ليلا جاز ؛ لأن فى الليل يكون الحمام [بجملته] داخل البرج، ويمكن أخذه من غير احتيال، فيكون بائعًا ما يقدر على تسليمه، وفى النهار يكون بعضه خارج البرج، لا يمكن أخذه إلا باحتيال، فيكون بائعًا ما لايقدر على تسليمه .

١١٩٨٣- [وفى "المنتقى" : إذا باع طيرًا فى الماء، أو سمكة وهى مما يرجع إليه، أو طيرًا يطير فى السماء، ويرجع إليه، فالبيع جائز، ويسلمه إذا رجع إليه، وإن توحش بعد الإلف، ولايؤخذ إلا بصيد، فباعه لم يجز][1] .

قال محمد فى "الجامع الصغير" عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى : فلا يجوز بيع النحل، وقال : إنما النحل بمنزلة الزنبور، وهو قول أبى يوسف، وقال محمد : يجوز بيعه إذا كان مجموعًا، وجه قول محمد : إن هذا حيوان ينتفع به، ويتمول، فيصح بيعه، وإن لم يؤكل كالحمار والبغل، ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى وأبى يوسف أن النحل لا ينتفع بعينه، وإنما ينتفع بما يحدث، فقيل الحدوث لا يكون منتفعًا، والعين إنما يصير مالا لكونه منتفعًا به ؛ ولأنه من جملة الهوام، فلا يجوز بيعه، كالزنبور .

وذكر القدورى فى شرحه : إذا كان فى كوارتها عسل، فاشترى الكوارة بما فيها من النحل، جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، ويدخل النحل فى البيع تبعًا للعسل، وأنكر أبوالحسن الكرخى جواز بيع النحل مع العسل، وقال : إنما يدخل الشىء فى العقد تبعًا لغيره إذا كان من حقوقه، كالشرب مع الأرض، وهذا ليس من حقوقه .

١١٩٨٤- و فى "فتاوى أبى الليث" : إذا اشترى العلق الذى يقال له بالفارسية : مرغك، يجوز، وبه أخذ الصدر الشهيد لحاجة الناس، فإن الناس يحتاجون إليه، ويتمولون به .

١١٩٨٥- وفى "القدورى" : ويجوز بيع دود القزّ إن ظهر القز فيه، وإن لم يظهر لايجوز، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد : يجوز البيع وإن لم يظهر فيه القز، لما قلنا فى النحل، قال الصدر الشهيد فى "واقعاته" : والفتوى على قول محمد، وأما بيع بذر دود القز، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز ؛ لأنه غير منتفع باعتبار ذاته، بل باعتبار غيره، وذلك الغير معدوم، وعندهما : يجوز اعتبارًا للعادة ؛ ولأنه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "م" .

يتولد منه ما هو منتفع به، فصار كبذر البطيخ، فيجوز بيعه، والصدر الشهيد في "واقعاته" اختار قولهما.

١١٩٨٦- ولا يجوز بيع هوام الأرض كالحية، والعقرب، والوزغ، وما أشبه ذلك؛ لأن الانتفاع بهذه الأشياء حرام، ومحلية البيع يعتمد جواز الانتفاع بها، ولا يجوز بيع ما يكون في البحر، كالضفدع والسرطان وغيره، إلا السمك، وما يجوز الانتفاع بجلده أو عظمه، والحاصل أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع، وسيأتي بيان ذلك بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١١٩٨٧- وأما بيع الكلب وأشباهه، فقد ذكر في "القدوري": بيع كل ذي ناب من السباع، وذي مخلب من الطير جائز، معلمًا كان أو غير معلم في رواية "الأصل"، ولا شك في جواز بيع كلب المعلم؛ لأنه آلة الحراس والاصطياد، فيكون محلا للبيع، ألا ترى أنه يجوز بيع البازي المعلم، والصقر المعلم، وإنما جاز لأنه آلة الاصطياد، وهذا لأنه إذا كان آلة الحراسة والاصطياد كان منتفعًا حقيقةً وشرعًا، فيكون مالا؛ لأن المال غير الآدمي، خلق لمنافع الآدمي، والمال محل للبيع، وأما بيع الكلب غير المعلم، فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه إذا كان بحال يقبل التعليم، يجوز بيعه، قال رحمه الله: هو الصحيح من المذهب، وهذا لأنه إذا كان يقبل التعليم كان منتفعًا به، فيكون مالا محلا للبيع، الدليل عليه أنه ذكر في "النوادر"[(١)]: أنه لو باع الجرو، جاز بيعه؛ لأنه يقبل التعليم، فهذا يبين لك أن غير المعلم إذا كان يقبل التعليم فهو والمعلم سواء في حق محلية البيع، وإنما لا يجوز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم، قال محمد: وهكذا نقول: في الأسد إذا كان بحيث يقبل التعليم، ويصطاد به أنه يجوز بيعه، وإن كان لا يقبل التعليم ولا يصطاد به، لا يجوز البيع.

١١٩٨٨- قال: والفهد والبازي يقبلان التعليم على كل حال، فيجوز بيعهما على كل حال، وأما القرد، فقد اختلفت الروايات فيه عن أبي حنيفة رحمه الله، روى الحسن عنه: أنه يجوز بيعه، وروى أبو يوسف رحمه الله عنه: أنه لا يجوز بيعه، وقال أبو يوسف: أكره بيعه، وروى ابن رستم عن محمد أنه يجوز بيعه، وبيع الفيل جائز؛ لأنه ينتفع حقيقةً وشرعًا، فهو كسائر الحيوانات، وأما الهرة فقد ذكر شيخ الإسلام في "شرح السير": أنه يجوز بيعها، سئل عطاء بن [أبي][(٢)] رباح عن ثمن الهرة، فقال: لا بأس به.

---

(١) هكذا في النسخ: "ف" و"ظ" و"م"، وكان في الأصل: النوازل.

(٢) هكذا في "ظ".

نوع آخر في بيع المحرمات:

١١٩٨٩- بيع المحرم الصيد لا يجوز، وكذلك بيع صيد الحرم، وإن كان المتبائعان حلالين، وهما في الحرم، والصيد في الحل جاز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال محمد: لا يجوز، وجه قول محمد أن قوام العقد بالعاقد والمحل، ثم المحل إذا كان في الحرم لا يجوز بيعه، وكذا إذا كان العاقدان في الحرم، وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن الحرم صيد الحرم، وهذا ليس صيد الحرم، ولهذا لو أمر إنسانًا بإتلافه جاز، ولا شك أن الآمر بالإتلاف فيما يرجع إلى التعرض للصيد دون العقد عليه، فإذا لم يجز ذلك لكونه من الصيد خارج الحرم، ، فكذا العقد.

١١٩٩٠- ولو أحرم وفي يده صيد لغيره، فباعه مالكه وهو حلال جاز، ويجبر على التسليم، وعليه الجزاء إن أتلف، وهذا لأن البائع عقد البيع على ملكه نفسه، وهو حلال، فيصح، وإحرام الذي هو في يده لا يمنع رد الوديعة، فيجب الرد، إلا أنه صار مضمونًا عليه بالإمساك وهو محرم، فلا يبرأ من الضمان مع بقاء الإحرام إلا بالإرسال.

١١٩٩١- ولو وكل محرم حلالا ببيع صيد، فباعه، فالبيع جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد: البيع باطل، والخلاف في هذا نظير الخلاف في المسلم إذا وكل ذميًا ببيع الخمر، أو شراءه، وسيأتي الكلام فيه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

ولو وكل الحلال محرمًا ببيع الصيد، أو شراءه، لا يجوز، وهذا يبين لك أن المعتبر طرف العاقد، ولو وكل [رجل] رجلا ببيع صيد، فأحرم الآمر، وباع المأمور، فالبيع جائز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما البيع باطل، وهذا لأن الوكالة ليست بلازمة، وما ليس بلازم، فلدوامه[1] حكم الإنشاء، وكأنه أنشأ الوكالة بعد الإحرام، وأنه على الخلاف، فهذا بناء عليه.

١١٩٩٢- ولو اشترى حلال من حلال صيدًا، فلم يقبضه حتى أحرم أحدهما، انتقض البيع؛ لأن للقبض شبها بالعقد، فيحل المقارن للقبض كالمقارن للعقد، ألا يرى أنه لما نزل آية الربا، أبطل رسول الله صلى الله عليه سلم ما لم يقبض من الربا، وأجاز ما قبض.

١١٩٩٣- ولا يجوز بيع ذبيحة المجوسي والمرتد وغير الكتابي، وكذلك لا يجوز بيع ما تركت التسمية عليه عمدًا، ويجوز بيع ذبائح أهل الكتاب، وهو بناء على ما قلنا أن جواز البيع يدور مع [حل] الانتفاع، ولا يحل الانتفاع بهذه الأشياء، فلا يجوز بيعها.

---

(١) هكذا في "ظ"، وكان في الأصل: قلدوا.

١١٩٩٤- وفي "العيون": لا بأس ببيع عظام الفيل وغيره من الميتة؛ لأن الموت لا يحل العظام، ولا دم فيه، فلا ينجس، فيجوز بيعه إلا عظم الآدمي والخنزير، فإن بيعهما لا يجوز، وهذا إذا لم يكن على عظم الفيل، وأشباهه دسومه، فأما إذا كان، فهو نجس، ولا يجوز بيعه.

١١٩٩٥- وفي "فتاوى أهل سمرقند": إذا ذبح كلبه، وباع لحمه جاز، وكذا إذا ذبح حماره، وباع لحمه جاز، وهذا فصل اختلف فيه المشايخ بناء على اختلافهم في طهارة هذا اللحم بعد الذبح، واختيار الصدر الشهيد على طهارته.

١١٩٩٦- ولو ذبح الخنزير وباع لحمه لا يجوز؛ لأن لحم الكلب المذبوح والحمار المذبوح منتفع به؛ لأنه يجوز أن يطعم به سنوره؛ لأنه طاهر، ولا كذلك لحم الخنزير؛ لأنه ليس بمنتفع به؛ لأنه ليس له أن يطعم به سنوره؛ لأنه نجس، وفرق بين الكلب والحمار بينما إذا كانا [مذبوحين، وبينما إذا كانا] ميتين فلم يجز بيع لحمهما إذا كانا ميتين؛ لأن لحم الميت ليس بمنتفع به، إذ ليس له أن يطعم به سنوره، قال عليه السلام: «لا تنتفعوا من الميتة بشيء»[1]، وأما لحوم السباع فقد ذكر القدوري أنه لا يجوز بيعها من غير فصل، وروى عن أبي حنيفة أنه يجوز بيعها إذا ذبحت.

١١٩٩٧- وفي الفتاوى: إذا كان السبع ميتًا لا يجوز بيع لحمه بلا خلاف، وإن كان مذبوحًا، ففيه اختلاف المشايخ، قال بعضهم: لا يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر، والفقيه أبو الليث؛ لأن على قولهما هذا اللحم نجس، وقال بعضهم: يجوز؛ لأن هذا اللحم طاهر، وهو اختيار الصدر الشهيد، وروى إسماعيل ابن حماد وابن أبي مالك عن أبي يوسف: أنه لا يجوز بيعها وإن كانت مذبوحة.

١١٩٩٨- وأما جلود السباع والحمر والبغال، فما كانت مذبوحة أو مدبوغة جاز بيعها، وما كان بخلافه لم يجز، وهذا بناء على أن الجلود كلها تطهر بالذكاة، أو بالدباغ إلا جلد الإنسان والخنزير، وإذا طهرت بالدباغ أو بالذكاة جاز الانتفاع به، فيكون محلا للبيع، أما بدون الدباغ والذكاة لا يطهر، فلا يجوز الانتفاع به، فلا يكون محلا للبيع.

وحكي عن شمس الأئمة الحلواني: أن هذه الجلود إنما تطهر بالذكاة إذا كانت الذكاة مع

---

(١) أخرجه الترمذي في "سننه" (١٧٢٩): باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت، والنسائي في "سننه" (٤٢٤٩ و٤٢٥١): باب ما يدبغ به جلود الميتة، وابن ماجه في "سننه" (٣٦١٣): باب من قال: ينتفع من الميتة بإهاب، والبيهقي في "الكبرى" (٤٢)، وابن أبي شيبة في "مصنفه" (٢٥٢٧٦)، وفي "معاني الآثار" للطحاوي (١/ ٤٦٨-٤٦٩): باب دباغ الميتة هل يطهرها أم لا، والطبراني في "الأوسط" (١٠٤)، وأحمد في "مسنده" (١٨٨٠٢ و١٨٨٠٤).

التسمية، أما بدون التسمية لا يطهر، ولا يجوز بيع شعر الخنزير؛ لأن الخنزير عينه نجس بجميع أجزاءه، منع الشرع عن الانتفاع به، إهانة لعينه، واستقباحًا لذاته، وفى البيع اعزاز له، إلا أنه رخص للحزاز الانتفاع به من حيث الحزز لأجل الضرورة، ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع، وعن أبى يوسف: أنه كره الانتفاع به للحزازين؛ لأنه نجس، ولا ضرورة فى الانتفاع؛ لأن الحزز يحصل بغيره، وعن بعض السلف: أنه لا يلبس مكعبًا ولا خفًا خرز من شعر الخنزير، وشعر الميتة وعظمها وصوفها وقرنها لا بأس بالانتفاع بها، وبيع ذلك كله جائز؛ لأنه لا حياة فى هذه الأشياء، فلا يحلها الموت، فلا يتنجس.

١١٩٩٩- وأما العصب: ففيه روايتان: فى رواية جاز الانتفاع به وبيعه؛ لأنه طاهر، فقد صح أن رسول الله ﷺ استعمله فى إصلاح القوس.

١٢٠٠٠- وشعر الآدمى طاهر، ولا يجوز الانتفاع به، وروى عن محمد: أنه يجوز الانتفاع به، ويجوز بيع السرقين، والبعر، والانتفاع بهما، وأما العذرة فلا يجوز الانتفاع بها ما لم يخلط بالتراب [ويكون التراب] غالبًا، وكذا بيع العذرة لا يجوز ما لم يخلط بالتراب، ويكون التراب غالبًا، وهذا لأن محلية البيع بالمالية، والمالية بالانتفاع، والناس اعتادوا الانتفاع بالبعر والسرقين من حيث الإلقاء فى الأرض لكثرة الريع، أما ما اعتادوا بالانتفاع بالعذرة ما لم يكن مخلوطًا بالتراب، ويكون التراب هو الغالب.

١٢٠٠١- وقال أبو حنيفة رحمه الله: كل شيء أفسده الحرام، والغالب عليه الحلال فلا بأس بأن يبيعه، ويبين ذلك، ولا بأس بالانتفاع به، كالفار [تقع] فى السمن والعجين، وما كان الغالب عليه الحرام، لم يجز بيعه، ولا هبته، وكذلك الزيت إذا وقع فيه ودك الميت، فإن كان الزيت غالبًا، جاز بيعه، وإن كان الودك غالبًا لم يجز، والمراد من الانتفاع حال غلبة الحلال الانتفاع فى غير الأبدان، وأما فى الأبدان، فلا يجوز الانتفاع به.

١٢٠٠٢- ويجوز بيع البربط، والطبل، والمزمار، والدف، والنرد، وأشباه ذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما: لا يجوز بيع هذه الأشياء، وجه قولهما: إن هذه الأشياء أعدت للمعصية، حتى صارت بحال لا تستعمل إلا فى المعصية، فسقطت ماليتها، والتحقت بالعدم، ومن شرط جواز البيع المالية، ولأبى حنيفة أن هذه الآلات ليست بمحرمة العين، وكونها آلة المعصية إنما يوجب سقوط التقوم، والمالية إذا كانت متعينة للمعصية، وهذه الأشياء لم تتعين آلة للمعصية؛ لأن الانتفاع بهذه الأشياء ممكن بوجه حلال بأن يجعل النرد سينجات الموازين، والبربط، والطبل، والدف ظروف الأشياء، وإذا لم تكن متعينة للمعصية،

لا يسقط تقومها [كالمغنية] فإنه لما تصور الانتفاع بعينها بطريق حلال، لا يسقط تقومها وماليتها حتى جاز بيعها، كذا ههنا.

وذكر أبو الحسن في "الجامع الصغير": المنسوب إليه في ذبيحة المجوسي، وكل شيء يعملونه، وهو عندهم ذكاة، كالتخنيق، والضرب حتى يموت، فإنه يجوز البيع بينهم عند أبي يوسف رحمه الله، ولو استهلكها مسلم، ضمن القيمة، وليس كالميت حتف أنفه [وقال محمد: هو والميت حتف أنفه سواء؛ لأن الذكاة] فعل شرعي، فإذا لم يكن الفاعل من أهله، صار الذبح في حقه والموت حتف أنفه سواء، ولأبي يوسف أنهم يتمولونه من ذبائحهم، كما يتمولون بالخمور، ونحن أمرنا [ببناء الأحكام] على اعتقادهم؛ وأن نتركهم وما يدينون، فظهر حكم ديانتهم في حقهم، بخلاف الميت حتف أنفه؛ لأنه ليس بمال في حق أحد.

١٢٠٠٣- وقال أبو حنيفة رحمه الله: يجوز بيع الأشربة المحرمة كلها إلا الخمر، وعلى مستهلكها الضمان، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز بيعها، ولا يجب الضمان على مستهلكها؛ لأنه حرم شربها، وقد قال عليه السلام: «إن الله تعالى إذا حرم شرب شيء حرم بيعه وأكل ثمنه»[١]، أوجب تحريم البيع عند تحريم الشرب، وفيه إشارة إلى سقوط التقوم [وذلك شرط لوجوب الضمان، ولأبي حنيفة رحمه الله أن حرمة هذه الأشربة ما ثبتت على طريق اليقين، بل بالاجتهاد الذي يوجب العمل دون العلم، فلا يوجب سقوط التقوم][٢]، والضمان اللذان كانا من قبل، والحديث يصرف إلى ما ثبتت فيه الحرمة مطلقًا، وهو الخمر، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله في العصير إذا ذهب ثلثاه، واشتدّ أنه لا يجوز بيعه، بخلاف النصف.

١٢٠٠٤- ولا يجوز بيع المكاتب، والمدبر، وأم الولد، ومعتق البعض، أما المكاتب فلأنه استحق يدًا على نفسه، ومكاتبه، وبالبيع يبطل ذلك، فيجب صيانته برد البيع، هذا إذا باع المكاتب بغير رضاه، وإن باعه برضاه، ذكر المشايخ في كتبهم: أنه يجوز البيع، وتنفسخ الكتابة، وحكي عن الكرخي رحمه الله: أنه كان يقول: لا رواية فيه عن أصحابنا نصًّا، وإنما هنا شيء يقوله مشايخنا المتأخرون، وقد أشار محمد في "الجامع" إلى أنه لا يجوز، ولا تنفسخ الكتابة.

١٢٠٠٥- فقد قال في "الجامع": إذا أمر الرجل مكاتبه أن يتزوج على رقبته، فتزوج

---

(١) أخرجه ابن عبد البر في "التمهيد" (٤/ ١٤٣)، والروياني في "مسنده" (١٥٢٠).

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

على رقبته حرة جاز، وكان على المكاتب أن يسعى فى كتابته، ولم تنفسخ الكتابة تقتضى جعل الرقبة مهرًا، إذ لو انفسخت الكتابة لتعلق النكاح برقبتها، ويفسد النكاح؛ لأنها تملك رقبة زوجها، ولما لم يفسد النكاح حتى وجب عليه السعاية [فى قيمته] علم أن الكتابة لن تنفسخ، وقد رضى المولى والمكاتب بانفساخ الكتابة؛ لأنها رضا بصيرورة رقبة مهر للمولى بالأمر بالتزوج على رقبته، والمكاتب بالإقدام على [التزوج] على رقبته، ولن يصير رقبته مهرًا لا يفسخ الكتابة، ومع هذا لم تنفسخ الكتابة، ولم يصر رقبته مهرًا، فقياس هذه المسألة أن لا يجوز بيع المكاتب برضاه، ولا تنفسخ الكتابة ههنا مقتضى جعل رقبته مهرًا، هذا جملة ما نقل عن الكرخى.

ومن مشايخنا من فرق بين المسألتين، فقال: الكتابة لو انفسخت فى هاتين الصورتين إنما تنفسخ تصحيحًا للنكاح، وتصحيحًا للبيع فى مسألتنا، وليس فى فسخ الكتابة تصحيح النكاح ثمه، فإن الكتابة إذا انفسخت تصير رقبته مهرًا، وتملك المرأة رقبة زوجها مقارنًا للنكاح، فلم يكن فى فسخ الكتابة [ثمه] فائدة، أما فى مسألتنا[1] لو انفسخت يصح البيع، فكانت فى فسخ الكتابة فائدة.

وأما معتق البعض، فلأنه بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعندهما بمنزلة من عليه دين.

١٢٠٠٦- وأما أم الولد فلقوله عليه الصلاة والسلام فى حقها: «لا تباع ولا توهب وهى حرة من جميع المال»[2]، وأما المدبر، فهو نوعان: مقيد، ومطلق، فإن كان مقيدًا، فجواز بيعه مجمع عليه، وإن كان مطلقًا، فعدم جواز بيعه مذهبنا، والمسألة معروفة، وأولاد الأمة من ذلك بمنزلة الأصول؛ لأن الأصل إنما يثبت فى الأصل يتعدى إلى الفروع، لهذا كان ولد الحرة حرًا، وولد الأمة رقيقًا، وكذلك الولد المشرى فى حالة الكتابة، والوالدان، وأما من سواهم من ذوى الأرحام فلايدخلون فى الكتابة، ويجوز بيعهم فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يجوز بناء على أن الكل يدخلون فى الكتابة عندهما، فيمتنع بيعهم كما يمتنع بيع الأولاد، والوالدان، والمسألة معروفة فى كتاب المكاتب.

---

(١) وفى "م": فى مسألة البيع.

(٢) أخرجه ابن خزيمة فى "صحيحه" (٢٤٨٣)، والحاكم فى "مستدركه" (٧٩٩٠-٧٩٩١)، والنسائى فى "سننه" (٣٥٩٧)، وأحمد فى "مسنده" (٤٦٠٨ و٦٠٧٨)، وعبد الرزاق فى "مصنفه" (١٤٤٠٧).

نوع آخر فى بيع الجنس بالجنس:

١٢٠٠٧- قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه : ويجوز بيع التمر بالرطب متساويًا كيلا ، ولايجوز متفاضلا ، وعندهما : لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متساويًا كيلا ومتفاضلا ، فالأصل أن [كل] مكيل أو موزون قوبل بجنسه إن كانت المجانسة بينهما ثابتة من كل وجه ، يكتفى بالمماثلة الحالية لجواز البيع [وإذا كانت بينهما قائمة من وجه دون وجه لا يكتفى بالمماثلة الحالية لجواز البيع][(١)] عرف ذلك بالحديث المعروف ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : «الحنطة بالحنطة مثل بمثل كيل بكيل والذهب بالذهب مثل بمثل وزن بوزن»[(٢)] قيّد الجواز بالمماثلة الحالية إذا كانت المجانسة قائمة للحال من كل وجه بعد هذا التمر جنس الرطب من وجه دون وجه ، فإن بعض معانى الرطب فات بالجفاف ، والبعض باقٍ ، فلا يكتفى بالمماثلة الحالية لجواز البيع ، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى .

قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عنه ، قال : المجانسة [بيّن الرطب] وبين التمر قائمة من كل وجه ؛ لأنها كانت ثابتة من كل وجه قبل الجفاف لاتحاد الجنس واتحاد المنفعة ، وبعد الجفاف الاسم متحد ؛ لأن الرطب يسمى تمرًا ، وبالجفاف لا يزول جنس منفعة بأصلها ، فإنه يجىء من التمر جميع ما يجىء من الرطب ، إنما يتمكن ضرب نقصان ، والمجانسة إذا كانت ثابتة من كل وجه ، فإنما يزول من وجه إذا فات ضرب منفعة بأصلها ، كما فى الحنطة مع الدقيق ، فإن بالطحن يزول جنس منفعة أصلا ، وهى منفعة الزراعة ، واتحاد الهريسة ، وكما فى المقلية مع غير المقلية ، فإن بالقلى يفوت جنس منفعة بأصلها ، وهى منفعة الزراعة ، وههنا لم يفت جنس منفعة بأصلها ، وكانت المجانسة ثابتة من كل وجه ، فيكتفى بها لجواز البيع .

وأما بيع الرطب بالرطب يجوز إذا تساويا كيلا عند علمائنا رحمهم الله تعالى ، وكذلك بيع باقلاء الرطب بباقلاء الرطب .

وأما بيع البسر بالتمر فلا ذكر فى الكتب ، وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى شرح بيوعه : أنه يجوز بالإجماع إذا تساويا كيلا يدًا بيد .

١٢٠٠٨- وأما بيع العنب بالزبيب : فعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) أخرجه الترمذى فى ترجمة الباب : باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلا بمثل ، ومالك فى "الموطأ" (١٣٢٣) : باب بيع الطعام بالطعام ، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٠٢٦٣) ، والطحاوى فى "معانى الآثار" (٤/ ٤) ، وأحمد فى "مسنده" (١٧٧١) ، والبيهقى فى "الكبرى" (١٠٤٢٥) .

يجوز إذا تساويا كيلا، هكذا ذكر في "نوادر هشام".

وذكر في موضع آخر أن على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: إنما يجوز هذا البيع على سبيل الاعتبار، وتفسيره أن يكون الزبيب أكثر، حتى يكون الزبيب بالزبيب من العنب، والباقي بإزاء الماء القائمة للحال، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يجوز.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرحه: أن بيع العنب بالزبيب نظير بيع التمر بالرطب على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه يجوز إذا تساويا كيلا، وعلى قولهما: لا يجوز، فعلى ما ذكره شمس الأئمة السرخسي لايحتاج إلى الفرق، لأبي يوسف رحمه الله تعالى بين بيع العنب بالزبيب وبين بيع الرطب بالتمر [فرق][1]، وعلى ما ذكره هشام يحتاج إلى الفرق، والفرق أن الرطوبة التي في الرطب من أجزاء التمر، ولهذا ينطلق عليه اسم التمر، ولو كانت الرطوبة شيئًا آخر، وأجزاء التمر شيئًا آخر، لكان لا ينطلق على الرطب اسم التمر، كما لا ينطلق على العنب اسم الزبيب، فإذا اعتبرت الرطوبة من أجزاء [التمر][2] كان شيئًا واحدًا، إلا أن المجانسة بينهما قائمة من وجه دون وجه، والمماثلة في الحال في مثل هذا لايكفي لجواز البيع، فأما الرطوبة التي في العنب ليست من أجزاء الزبيب، ولهذا لا ينطلق على العنب اسم الزبيب، بل هما شيئان: ماء وبقل، فكانا كالسمسم مع الدهن.

١٢٠٠٩- وإذا باع الحنطة المبلولة بالحنطة اليابسة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: يجوز إذا تساويا كيلا، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يجوز، هكذا ذكر في "الأصل"، قال شمس الأئمة الحلواني في شرحه: إن الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله تعالى أن بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما [لا] يجوز إذا ابتل[الحنطة] وانتفخ، أما إذا لم ينتفخ بعد، ولكن من ساعته يجوز بيعه باليابسة إذا تساويا كيلا، قال محمد رحمه الله تعالى: وهذا نظير زبيب يابس بزبيب قد بل بالماء، عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: يجوز هذا البيع، انتفخ أو لم ينتفخ، وعند محمد رحمه الله تعالى: إذا انتفخ لا يجوز، وإذا لم ينتفخ يجوز.

وأما بيع الحنطة الرطبة بالحنطة اليابسة، ذكر بعض المشايخ رحمهم الله تعالى أنه على الخلاف المذكور في بيع الحنطة المبلولة بالحنطة اليابسة، على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: يجوز إذا تساويا كيلا، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: لا يجوز،

---

(١) هكذا في "م".

(٢) هكذا في "ظ" و "م"، وكان في الأصل و "ظ": الثمن.

وبعضهم ذكروا قول أبي يوسف رحمه الله في هذه المسألة مع قول محمد، فعلى قول هذا القائل يحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين بيع المبلولة باليابسة وبين بيع الرطب باليابسة، والفرق أن بيع المبلولة باليابسة جنس واحد من كل وجه؛ لأن بالبل لم يزل الاسم ولاجنس منفعته، فإن المبلولة تصلح للطحن والزراعة كاليابسة، إلا أنه تمكن فيه نوع نقصان، فإذا بقيت[١] المجانسة من كل وجه، كان شرط جواز البيع المماثلة في الحال وقد وجدت، وأما الرطبة مع اليابسة جنسان من وجه؛ لأن الرطبة لا تصلح للطحن والزراعة، واليابسة تصلح لذلك، فقد عدم في الرطبة جنس منفعة، فتزول المجانسة من وجه، وفي مثل هذا المماثلة في الحال لايكفي، وأما بيع الحنطة المبلولة بالحنطة المبلولة، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: يجوز إذا تساويا كيلا، وكذا الزبيب المنقع بالزبيب المنقع، والتمر المنقع بالتمر المنقع، وفي بيع المقلية بغير المقلية اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، والأصح أنه لا يصح [وإن تساويا كيلا؛ لأن المجانسة بينهما فائتة من وجه؛ لأن بالقلي يفوت جنس المنفعة بأصلها][٢]، وهي منفعة الزراعة والخبز، والمماثلة الحالية في مثل هذا لا يكفي للجواز.

١٢٠١٠ - وأما بيع المقلية بالمقلية فيجوز إذا تساويا كيلا؛ لأن المجانسة بينهما قائمة من كل وجه، فيكتفى لجواز البيع بالمماثلة الحالية، ولا خير في بيع الحنطة بالدقيق متساويًا ومتفاضلا؛ لأن المجانسة بين الحنطة والدقيق ثابتة من وجه دون وجه؛ لأن أثر الطحن في تفريق الأجزاء لاغير، والمجتمع لا يصير شيئًا آخر بالتفريق، ولهذا بقي حرمة ربا الفضل بين الحنطة والدقيق، وأما فائتة من وجه بدليل اختلاف الاسم والصورة والمعنى، والمماثلة الحالية في مثل هذا لا يكفي للجواز.

١٢٠١١ - وبيع الدقيق بالدقيق يجوز إذا تساويا كيلا؛ لأن المجانسة بينهما قائمة من كل وجه، والاتفاق في القدر ثابت، فيجوز البيع عند التساوي كيلا، كبيع الحنطة بالحنطة، وكبيع الدقيق، بيان المجانسة ظاهر بيان الاتفاق في القدر أن الدقيق كيلي، فإن الناس اعتادوا بيعه كيلا، ولهذا جاز السلم فيه كيلا، ويجوز بيعه في الذمة كيلا، وكذا يجوز استقراضه كيلا.

وحكى عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل: أن بيع الدقيق بالدقيق إذا تساويا كيلا إنما يجوز إذا كانا مكبوسين، وإذا باع الحنطة بالحنطة وزنًا لايجوز، والأصل إنما ثبت كيله بالنص لا يجوز بيعه بجنسه وزنًا، كالحنطة بالحنطة، وما ثبت وزنه بالنص لا يجوز

---

(١) هكذا في النسخ الباقية التي عندنا، وكان في الأصل: تمكنت.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بيعه بجنسه كيلا، كالدراهم بالدراهم، والدنانير بالدنانير كيلا، وما لانص فيه، ولكن عرف كونه كيلا على عهد رسول الله ﷺ، فهو مكيل أبدًا، وإن اعتاد الناس بيعه وزنًا فى زماننا، وما عرف كونه موزونًا فى ذلك الوقت، فهو موزون أبدًا، وما لا يعرف حاله على عهد رسول الله ﷺ يعتبر فيه عرف الناس، فإن تعارفوا كيله، فهو مكيل، وإن تعارفوا وزنه، فهو وزنى، وإن تعارفوا كيله ووزنه، فهو كيلى ووزنى، وهذا كله قول أبى حنيفة ومحمد رحمها الله تعالى، فأما على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى : المعتبر فى جميع الأشياء العرف، سواء عرف كونه مكيلا على عهد رسول الله ﷺ أو موزونًا.

قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى : وأجمعوا على أن ماثبت كيله بالنص إذا بيع وزنًا بالدراهم يجوز، وكذا ما ثبت وزنًا بالنص إذا بيع كيلا بالدراهم يجوز.

١٢٠١٢- وروى عن محمد رحمه الله تعالى فى "المنتقى" فى باب صفة تسليم الثمن والمثمن، أن شراء البرّ وزنًا لا يجوز، فإن أخذه رد مثله بكليه، فإن أكله قبل أن يكيله فالقول قوله : إنه كذا كذا قفيزًا مع يمينه، قال : واستحسن فى التمر أن يجوز بيعه وزنًا إذا كان التمر بعينه، فيقول : أبيعك منه كذا رطلا بدرهم.

وفى "المنتقى" أيضًا : فى باب السلم الصحيح والفاسد رواية إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى لا يجوز الحنطة فى السلم وزنًا.

وفى آخر هذا الباب : وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا بأس بالسلم فى الحنطة بالوزن، وروى بشر بن الوليد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى إذا أسلم فى التمر وزنًا جاز استحسانًا.

وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : أنه لا يجوز، وفى "المنتقى" أيضًا فى باب القرض وصحته وبطلانه عن محمد رحمه الله تعالى لايجوز الحنطة أن تقرض وزنًا، فإن أخذه، وأكله قبل أن يكيله، فالقول قول المستقرض : إنه كذا كذا قفيزًا.

وقال هشام : قلت لمحمد رحمه الله تعالى : إن التمر الذى يباع وزنًا [فما] تقول فيمن أقرضه وزنًا؟ قال : لا يصلح ذلك؛ لأن أصله كيل.

وفى باب الربا من "المنتقى" : إذا باع تمرًا بتمر كيلا بكيل مثلا بمثل و يتفاوت الوزن يجوز، وإن كان وزنًا بوزن مثلا بمثل، والكيل يتفاوت، ذكر فى موضع من هذا الباب أنه يجوز؛ لأن التمر يكال، وذكر فى موضع آخر من هذا الباب أنه لايجوز، وذكر فى ذلك الموضع إذا باع تمرًا [كيلا بتمر] وزنًا مقدار الكيل على تسمية الوزن لا يجوز، وفى هذا الباب

أيضًا : إذا باع رطلا من سمن الغنم [كيلا برطل من سمن الغنم] وزنًا بالميزان ، فالبيع باطل حتى يعلما قبل البيع ، إنهما سواء لا يختلفان لاكيلا ، ولا وزنًا ، والعسل والسمن والزيت على الوزن بالميزان إذا اتفق جاز ، وإن كان [يختلف فى كيل الرطل] وفى هذا الباب أيضًا : وكل ما يوزن وما يكال ، فلا بأس ببيعه بجنسه كيلا ووزنًا .

١٢٠١٣- وفى "الأصل" : ولا خير فى بيع الحنطة بالحنطة مجازفة ، قالوا : وهذا إذا كانت الحنطة بحيث يكال ، فأما إذا كانت قليلة يجوز بيع البعض بالبعض مجازفة ، وكذلك الجواب فى كل مكيل أو موزون ، وإن بيعت الحنطة بالحنطة مجازفة ، ثم كيلا بعد ذلك ، وكانا متساويين ، لا يجوز ، والأصل أن فى كل موضع اعتبرت المماثلة بين البدلين فى المعيار الشرعى شرطًا لجواز العقد ، يشترط العلم بالمماثلة فى المعيار وقت مباشرة العقد ، ويجوز بيع الفضة بالفضة الكفة بالكفة ، وإن لم يعلم مقدار كل واحد منهما ؛ لأنا تيقنا بالتساوى فى المعيار ؛ لأن معيار الفضة الوزن ، وقد تيقنا بالتساوى فى الوزن ، وإن لم يعلم مقدار ذلك .

١٢٠١٤- وفى "الأصل" : إذا باع قفيز حنطة بنصف قفيز هو أجود لا يجوز ، ولهذه المسألة تبين أن أدنى ما يكون مال الربا من الحنطة نصف قفيز ، وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى باب الصرف فى شرح الإجارات : أن أدنى ما يجرى فيه الربا من الأشياء المكيلة نحو الحنطة وأشباهها نصف صاع ، وذلك مدان حتى لو باع مدين من الحنطة بثلاثة أمناء من الحنطة فصاعدًا لا يجوز ، وكذلك إذا باع منوين من الشعير بثلاثة أمناء من الشعير [فصاعدًا لا يجوز ، ولو باع منوين من الحنطة بمنوين من الحنطة ، أو منوين من الشعير بمنوين من الشعير][1] يجوز ، وكذا لو باع نصف من من الحنطة بمنوين من الحنطة فصاعدًا يجوز .

وقد صح عن عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه : أنه قال فى خطبته بالشام : "أيها الناس ! إنكم أخذتم بوعاء لا يدرى ما هى؟ ألا وأن الحنطة بالحنطة مدين بمدين ، وأن الشعير بالشعير مدين بمدين ، وذكر فى التمر والملح مثل ذلك ، ثم قال : فمن زاد واستزاد فقد أربى" ، وبهذا تبين أن ما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل" : أن أدنى مال الربا من الحنطة نصف قفيز ، أن المراد منه نصف صاع ، أو يكون فى المسألة روايتان .

١٢٠١٥- وإذا باع حنطة بحنطة ، وفى كل واحد من الجانبين حبات شعير ، أنه لايجوز إلا متماثلا ؛ لأن الشعير مغلوب ، فكان مستهلكًا فى "الجامع" فى باب الدراهم المخلوطة .

وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى "شرح الزيادات" فى باب الوصية

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبتت هذه العبارة من النسختين : "ظ" و "م" .

بعد باب المهر قبل باب الحيض : إذا بيع الشعير بالحنطة ، وفى الشعير حبات الحنطة ، إن كان مثل ما يكون فى الشعير يجوز .

١٢٠١٦ - وإذا باع الدقيق بالدقيق وزنًا لا يجوز ، كما لا يجوز بيع الحنطة بالحنطة وزنًا ، وبيع السويق بالسويق وبيع النخالة بالسويق نظير بيع الدقيق بالدقيق .

١٢٠١٧ - وإذا باع دقيقًا منخولا بدقيق غير منخول جاز إذا تساويا ؛ لأنهما جنس واحد ، إلا أن أحدهما أجود .

١٢٠١٨ - وبيع الحنطة بالسويق نظير بيع الحنطة بالدقيق ، وبيع الدقيق بالخبز وبيع الحنطة بالخبز يجوز أن يكون متساويًا ومتفاضلا بعد أن يكون يدًا بيد ، وهذا لأن المجانسة بين الخبز والحنطة وإن كانت قائمة من وجه ؛ لأن الخبز أجزاء دقيق قد طبخت ، فالاتفاق فى القدر[١] ثابت من كل وجه ؛ لأن أحدهما كيلى ، والآخر عددى ، وفى مثل هذا لا يجرى الربا ، فالأصل أن ربا النقد لا يحرم إلا بوصفين ، وهو القدر والجنس ، ونعنى بالقدر : المكيل فى المكيلات ، والموزون فى الموزونات ، فإذا اتفق البدلان جنسًا وكيلا ووزنًا ، يحرم الفضل ، وما لا فلا ، وبيع أحدهما بالآخر نسيئة من مسائل السلم ، يذكر فى فصل السلم -إن شاء الله تعالى- .

١٢٠١٩ - وبيع الدقيق بالنخالة لا يجوز إلا على طريق الاعتبار عند أبى يوسف رحمه الله تعالى ، و[تفسير] الاعتبار أن يكون من النخالة الخالصة أكثر من النخالة التى [هى] فى الدقيق ، وقال محمد رحمه الله تعالى : لا يجوز إذا تساويا كيلا ، وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه تساويا كيلا أو تفاضلا ، وعندهما يجوز تساويا أو تفاضلا بعد أن يكون يدًا بيد .

١٢٠٢٠ - وإذا باع الزيت بالزيتون ، فهو على أربعة أوجه : إما إن كان الدهن الخالص أكثر من الدهن الذى فى الزيتون ، وفى هذا الوجه البيع جائز ، ويجعل الدهن الذى فى الزيتون بمثله من الدهن الخالص ، والباقى من الدهن الخالص يجعل بإزاء التفل ، وإن كان الدهن الخالص مثل الدهن الذى فى الزيتون ، لا يجوز البيع ؛ لأن الدهن يصير بمثله ، ويبقى التفل خاليًا عن العوض ، فيكون ربا ، قالوا : وهذا إذا كان التفل فى الآخر[٢] شيئًا له قيمة ، وإن لم يكن له قيمة جاز البيع فى هذا الوجه ، إذ لا يؤدى إلى الربا وإن كان الدهن الخالص يجعل أقل

---

(١) وفى النسخة "م" : فى العدد .

(٢) هكذا فى النسخة "ظ" ، وكان فى الأصل : الأجر .

من الدهن الذى فى الزيتون، لا يجوز البيع، إذ يبقى بعض الدهن خاليًا عن العوض، وإن كان لايدرى لا يجوز، لجواز أن الدهن الخالص مثل الدهن الذى فى الزيتون، أو أقل، والبيع فى مال الربا عند مقابلة الجنس بالجنس، كما يبطل بفضل متحقق يبطل بفضل موهوم، ألا ترى أن بيع الحنطة بالحنطة مجازفة لا يجوز، وإنما لا يجوز لفضل موهوم.

١٢٠٢١ - وإذا باع دهن السمسم بالسمسم أو العصير بالعنب، أو التمر الذى فيه نوى بالتمر الذى ليس فيه نوى، أو الرطب بالدبس، أو اللبن بالسمن، أو الملوح بالقطن، أو الغزل بالقطن، أو لب الجوز بالجوز، فهو على ما ذكرنا فى بيع الزيت بالزيتون، وهذا الذى ذكرنا قول علماءنا رحمهم الله تعالى.

وقال [مالك، و] الشافعى رضى الله تعالى عنهما: لا يجوز البيع، وإن كان المقدار[1] أكثر فى المسائل كلها، والصحيح مذهب علماءنا رحمهم الله تعالى؛ لأن فى الزيتون والسمسم حقيقة الدهن والتفل، فيمكن تجويز هذا البيع متى كان الخالص أكثر، بأن يجعل ما فى الزيت والسمسم بمثله من الخالص، والباقى بإزاء التفل، كما بعد التميز.

وكان القياس فيما إذا باع الزيتون بالزيتون، أو السمن بالسمن، أو الحنطة بالحنطة، أو التمر بالتمر متفاضلا، أن يجوز، ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس؛ لأن فى الزيتون تفلا ودهنا، وفى الجانب الآخر كذلك، وفى التمر تمر ونوى، وفى الحنطة الدقيق والنخالة، إلا أنا تركنا هذه الحقيقة بالنص، فإن النص لما أثبت الربا فى هذه الأموال علمنا أنه أسقط اعتبار الحقيقة، وجعل الكل شيئًا واحدًا؛ لأن الربا لا يتصور مع اعتبار هذه الحقيقة، وإذا اعتبر الكل شيئًا واحدًا لا يجوز بيع التفل بالزيادة من الخالص إلا باعتبار المماثلة؛ لأن التفل دهن حكمًا لما اعتبر التفل مع الزيت شيئًا واحدًا، ولم يوجد المماثلة بين الزيادة من الخالص وبين التفل، فلايجوز.

قلنا: والنص الوارد باسقاط هذه الحقيقة فى تلك الصورة لا يكون واردًا فيما تنازعنا فيه؛ لأن تنازعنا فيه يتحقق الربا مع اعتبار هذه الحقيقة فى بعض الأعزال [بأن يكون الدهن الخالص مثل الدهن الذى فى السمسم، أو أقل، وإذا كان الربا متحققًا فى المتنازع فيه، يتحقق فى بعض الأحوال][2] مع اعتبار هذه الحقيقة لا ضرورة إلى إسقاط اعتبار هذه الحقيقة، وإذا لم يسقط اعتبار هذه الحقيقة حصل بيع الدهن الخالص بجنسه وبالتفل،

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى "ف": المقدر، وفى النسختين: "م" و "ظ": المقرر.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

والتقريب ما مرّ.

١٢٠٢٢- وفي "المنتقى": لا خير بالقطن المحلوج بالقطن الذي فيه حب إلا مثل بمثل، وكذلك التمر [بالتمر] المشقوق، وإذا كان اشترى تمرًا بنوى تمر، لا يجوز إلا إذا كان في التمر من النوى أقل، وكذلك إذا اشترى [قطنا بحب قطن، وكذا إذا اشترى][١] دقيقًا غير منخول بنخالة.

١٢٠٢٣- وإذا باع السمن بالزبد، فعن أبي حنيفة رضي الله تعالى أنه أفسده على كل حال؛ لأن الزبد إذا حمل على النار، انتقض قيل لم تقابل الفضل بنقل الزبد إذا كان السمن الصافي أكثر، قال لأنه لا قيمة له، وقد مرّ جنس هذا فيما تقدم.

ذكر المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه كان يكره التمرة بالتمرتين، وكان يقول: كل شيء حرم منه الكثير فالقليل منه حرام.

وروى الحسن عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في "المجرد": في مائة جوزة بمائتي جوزة يدًا بيد بأعيانها يجوز.

١٢٠٢٤- وفي "الأصل": لو باع تمرة بتمرتين، أو جوزة بجوزتين، أو تفاحة بتفاحتين، فالبيع جائز عندنا من غير ذكر خلاف.

فإن قيل: الجوز والبيض جعلا أمثالا في ضمان المستهلكات، فينبغي أن لايجوز بيع الواحد بالاثنين؟

قلنا: لا مماثلة بينهما حقيقة للتفاوت صغرًا أو كبرًا، إلا أن الناس اصطلحوا على إهدار التفاوت، فيعمل بذلك في حقهم، وهو ضمان العدديات، دون الربا الذي هو حق الشرع عليهم.

١٢٠٢٥- وإذا باع شاة بلحم، فإن كانت الشاة مذبوحة مسلوخة، جاز إذا تساويا وزنًا؛ لأن كل واحد منهما موزون، فقد باع موزونًا بجنسه متساويلا، فيجوز، وأراد بالمسلوخة المفصولة عن السقط، وإن كانت مذبوحة غير مسلوخة لا يجوز إلا على سبيل الاعتبار، بأن يكون اللحم المفصول أكثر، وأراد بغير المسلوخة غير المفصولة عن السقط، وإنما شرط أن يكون اللحم المفصول أكثر، ليصير بعضه بإزاء السقط، وإن كانت حية، فالقياس أن لا يجوز إلا على سبيل الاعتبار، وهو قول محمد رحمه الله تعالى، و [على قول أبي حنيفة] وأبي يوسف: يجوز من غير اعتبار؛ لأن الشاة مع اللحم المفصول جنسان مختلفان، عرفنا ذلك

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بالنص، فإن الله تعالى قال: ﴿فَكَسَوْنَا العِظَامَ لَحمًا ثُمّ أنشأناهُ خَلقًا آخرَ﴾[١] أى بعد نفخ الروح، فقد سماه خلقًا آخر بعد نفخ الروح، فعلمنا أن الحى جنس آخر غير الجماد[٢]، فجعلنا الشاة الحية مع اللحم جنسين نصّا، فيجوز بيع أحدهما بالآخر، كما لو كانا جنسين حقيقة، بأن باع لحم البقر بالشاة، أو ما أشبهه.

١٢٠٢٦- وإذا باع ثوبًا منسوجًا من الذهب بالذهب الخالص، لابد لجوازه من الاعتبار، وهو أن يكون الذهب المنفصل أكثر، وكان ينبغى أن يجوز البيع من غير اعتبار؛ لأن الذهب الذى نسج فى الثوب خرج من أن يكون وزنيا، ولهذا لا يباع وزنًا، وربا الفضل يعتبر المجانسة والمعيار.

والجواب وهو الأصل فى جنس هذه المسائل أن الناس متى تركوا الوزن فى شىء ثبت كونه موزونًا بالنص، لا يخرج من أن يكون موزونًا، إذ ليس إلى العباد تغيير المنصوص عليه، ومتى تركوا الوزن فيما ثبت وزنه [باصطلاحهم، ينظر إن تركوا الوزن فيه][٣] المتعذر لا يخرج ذلك الشىء من أن يكون موزونًا، ألا ترى أنه لو باع لب الجوز بالجوز، لا يجوز إلا على طريق الاعتبار، والجوز عددى، واللب موزون [فينبغى][٤] أن يجوز من غير اعتبار، ولكن قدر اللب الذى فى الجوز موزون، وإن ترك الناس وزنه؛ لأنهم إنما تركوا وزنه للتعذر بسبب اتصاله بالقشر، فلم يخرجه من أن يكون موزونًا، فقد باع الموزون بجنسه، وشىء آخر، فيشترط [الاعتبار] ومتى تركوا الوزن فى شىء مع الإمكان، فإنه يخرج من أن يكون موزونًا، فإنه لو باع قمقمة من حديد، أو صفر أو نحاس بقمقمتين من جنسها، وتلك القمقمة لا تباع وزنًا، فإنه يجوز يدًا بيد؛ لأن الناس تركوا وزنها مع الإمكان، وترك الوزن مع الإمكان فيما ثبت وزنه باصطلاحهما إعراض عن الاصطلاح عن الوزن، فيفسخ الاصطلاح على الوزن، والوزن فى هذه الأشياء، ثبت باصطلاحهما، بخلاف قمقمة من ذهب، أو ذهب بقمقمتين من ذلك لايجوز، وإن تعارفوا بيعها عددًا؛ لأن صفة الوزن فى الذهب، والفضة منصوص عليها، فلا يتغير ذلك بالعرف، و[لا يخرج] من أن يكون موزونًا بالعادة.

---

(١) سورة المؤمنون: الآية ١٤.

(٢) هكذا فى جميع النسخ التى عندنا، ولكن الصحيح: غير اللحم بدلا من غير الجماد.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) هكذا فى النسختين: "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ": فيبقى.

إذا ثبت هذا فنقول : الذهب المنسوج لا يوزن، لمكان التعذر، فترك الوزن فيه لا يخرجه من أن يكون مال الربا، فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل.

وفي "البقالي" : أن في اعتبار الذهب [في السقف][1] روايتان، ولا يعتبر العلم في الثوب، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى أنه يعتبر.

١٢٠٢٧- وإذا اشترى شاة حية على ظهرها صوف بصوف منفصل، لا يجوز إلا على طريق الاعتبار، أطلق محمد رحمه الله تعالى بأن يكون الصوف المنفصل أكثر من الصوف الذي على ظهر الشاة، وكذلك إذا باع شاة في ضرعها لبن بلبن منفصل، لم يجز إلا على طريق الاعتبار، أطلق محمد رحمه الله تعالى الجواب في المسألتين في "الأصل".

قال الطحاوي : ما ذكر محمد رحمه الله تعالى من الجواب في المسألتين قوله، أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى : يجوز هذا البيع من غير صفة الاعتبار، وجعل هذين المسألتين فرع مسألة[2] بيع اللحم بالشاة؛ لأن الصوف ما دام على ظهر الشاة، واللبن في ضرعها، فهو من أوصافها، فصار نظير اللحم الذي في الشاة، من المشايخ رحمهم الله تعالى من قال : ما ذكر من الجواب في المسألتين قول الكل، وإطلاق محمد رحمه الله تعالى في الكتاب يدل عليه.

وفي "نوادر هشام" : قال : أخبرني محمد رحمه الله تعالى أن أبا يوسف رحمه الله تعالى قال : لا خير في صوف الشاة على ظهرها بصوف إلا أن يكون الصوف المنفصل أكثر من الصوف الذي على ظهر الشاة، فأما في اللبن فهو جائز، وإن كان اللبن أقل مما في ضرعها؛ لأن اللبن مكنون ليس بظاهر.

وذكر المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في اللبن : أنه يجوز أيضًا، وقال هشام : سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن ذورق عصر بذورق خل، قال : لا بأس به، وأما ذورق عصر بذورق بحيح لا يجوز؛ لأن العصير لا ينتقض إذا صار خلا، وينتقض إذا صار بحيحًا، وروى أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في بيع العصير بالبحيح على خلاف رواية هشام، وذكر أبو سليمان في كتاب الحج عن محمد رحمه الله تعالى : لا بأس بالخبز قرص بقرصين يدًا بيد، وإن كان بعض ذلك أكثر من بعض، فإن ذلك قد خرج من الكيل، وليس مما أصله الوزن، ذكر أبو الحسن الكرخي رحمه الله تعالى : أن ثمار النخيل كلها

---

(١) هكذا في النسختين : "ظ" و "ف".

(٢) وفي "ظ" : فرع هذه المسألة . . . إلخ.

جنس واحد، قال عليه الصلاة والسلام: «التمر بالتمر»[1] وهذا عام؛ ولأن الأصل متحد، والمقصود كذلك، وأما بقية الثمار، فثمرة كل نوع من الشجرة جنس واحد، كالعنب كلها جنس واحد، وإن اختلفت أنواعها وألوانها، وكذلك الكمثرى كلها جنس واحد وإن اختلفت أنواعها، وكذلك التفاح كلها جنس واحد حتى لم يجز بيع نوع من العنب بنوع آخر من العنب متفاضلا، وعلى هذا التفاح والكمثرى.

١٢٠٢٨- ويجوز بيع الكمثرى بالتفاح متفاضلا، وكذا بيع التفاح بالعنب متفاضلا، واللحوم معتبرة بأصولها، فالبقر والجواميس جنس واحد، لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا، والإبل جنس واحد لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا، وكذلك الغنم جنس واحد، ضأنها ومعزها، وزاد في "المنتقى": والضأن والمعز جنس واحد في اللبن واللحم.

ولو باع لحم الغنم بلحم البقر متفاضلا يجوز عندنا، اعتباراً بالأصول، وكذلك لو باع لبن الغنم بلبن البقر متفاضلا يجوز، ويعتبر في اللبن الأصول أيضًا كما في اللحم.

وفي "نوادر بن سماعة": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في لبن المخيض مع لبن الحليب إذا كان لبن المخيض اثنان، والحليب واحد لا بأس به، وإن كان المخيض واحداً، والحليب اثنان، فلا خير[2] فيه من قبل أن الحليب فيه زيادة زبد، وقيل أيضًا [فيما] إذا كان الحليب اثنان أن الحليب بحيث لو أخرج زبدة نقص من زبده، فهو جائز، وإن كان لا ينتقص، فلا خير فيه.

وفي "نوادر بشر": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الزبيب جنس واحد، وإن اختلف ألوانه وأجناسه.

١٢٠٢٩- وفيه أيضًا: لحوم الطير وما لا يوزن من اللحمان، فلا بأس به واحداً باثنين؛ لأنه لا يوزن فإن كان في جنس منه يوزن، فلا خير فيما يوزن منه إلا مثلا بمثل، قال: وكل مصر لا يوزن فيه، فلا بأس بأن يباع هناك طائف بطائفتين، إنما أنظر إلى حال بلده في ذلك، والحديد والرصاص والصفر والشبه أجناس لاختلاف المقاصد في الاسم والصورة، والهروى مع الهروى جنسان مختلفان لاختلاف المقصود والصورة، وكذلك الثوب المتخذ من القطن مع الثوب المتخذ من الكتان جنسان: إما لاختلاف الأصل، أو لاختلاف الصفة على وجه [أوجب] اختلاف الاسم والمقصود، وكذلك [الزنديجى] مع الوزارى جنسان مختلفان ذكره

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) هكذا في "ظ" و ف"، وكان في الأصل: يعين.

شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح [بيوعه] والمعنى ما ذكرنا.

١٢٠٣٠- وفي "المنتقى": ولا يصح غزل قطن لين بغزل قطن خشن إلا مثلا بمثل؛ لأن القطن سواء، وإنما يفرق بينهما بالنسج، ولا بأس بغزل قطن بغزل كتان واحد باثنين يدًا بيد [وكذلك غزل خز بغزل قطن، وكذلك غزل شعر بغزل صوف لا بأس به واحدًا باثنين يدًا بيد][1]، والإلية واللحم جنسان، يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا، وكذلك الإلية وشحم البطن جنسان، وشحم الجنب من جنس اللحم، وهو مع الإلية، وشحم البطن جنسات، ولا يجوز بيع غزل القطن بالقطن متساويًا؛ لأن القطن ينتقض بالغزل، فهو نظير الحنطة مع الدقيق، والخل مع الزبيب جنسان لاختلاف أصلهما، وإذا كان أصلهما واحدًا، واختلف المضاف إليه كانا جنسين، كالبنفسج مع الجزاء[2].

١٢٠٣١- ويجوز بيع قفيز سمسم مرئي بقفيزي سمسم غير مرئي، والزيادة بإزاء الرائحة؛ لأن تلك الزائدة بمنزلة زيادة في عينها، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إنما تعتبر الرائحة إذا كانت تزيد في وزنه بحيث لو خلص نقص إذا كان بحال ينقص لو خلص، علم أن ذلك زيادة في عينه، أما إذا لا ينقص إذا[3] خلص، لم يكن ذلك زيادة في عينه، فلا يعتبر.

وفي "المنتقى": وإذا باع [مكوك] سمسم مرئي بنفسج بخمس مكاكيك سمسم غير مرئي يدًا بيد يجوز، وإن كان المرئي مثله في الكيل لا يجوز.

١٢٠٣٢- وكذلك سويق ملتوت بسمن أو محلى بسكر بسويق غير ملتوت وغير محلى.

وفي "المنتقى" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن الصوف والمرغزي جنسان لا بأس به واحدًا باثنين يدًا بيد، والصوف مع الشعر جنسان مختلفان أيضًا، والقز مع الإبريسم، كالدقيق مع الحنطة، وعن محمد رحمه الله تعالى: جواز بيع غزل القطن بالقطن متساويًا، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه لا يجوز إلا إذا كان القطن أكثر، وعلى هذا بيع الصوف بغزله.

وفي "البقالي": عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه جواز التفاضل في الماء، وعن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "ظ" و"ف".

(٢) هكذا في الأصل، وفي "ظ": مع الخيزاء، وفي "ف": مع الخز، لعله هو صحيح.

(٣) وفي "ظ" و"ف": لو خلص.

محمد رحمه الله تعالى خلافه، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: لا خير فى الجبن باللبن؛ لأن الجبن لم يخرج عن حد الوزن، كما يخرج الجزء من الكيل، والفلوس من حد الوزن، ولابأس بالسمن بالجبن.

١٢٠٣٣- وفى "الأصل": إذا باع حنطة قد أدرك فى سنبلها بحنطة منقاة حرصًا لايجوز، قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى فى شرحه: إذا كانت الحنطة المنقاة، مثل الحنطة فى سنبلها أكثر أو أقل، أو لا يدرك، أما إذا كانت، يجوز.

نوع آخر فى بيع الماء والجمد:

قال عليه الصلاة والسلام: «الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والكلأ والنار»[(١)]، والمراد من الماء المذكور فى الحديث الماء الذى فى الآبار، وفى الأنهار؛ لأن هذا الماء وجد بإيجاد الله فى مكانه، فبقى على الإباحة على أصل الخلقة حتى يوجد الإحراز، فإذا أخذه، وجعله فى جرّة، أو ما أشبهها من الأوعية، فقد أحرزه، فصار أحق به، فيجوز بيعه، والتصرف فيه كالصيد الذى يأخذه، فأما بيع ما جمعه الإنسان فى حوضه من الماء، ذكر شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده رحمه الله تعالى" فى شرح كتاب الشرب: أن الحوض إن كان مجصّصًا، أو كان الحوض من نحاس أو صفر، جاز البيع على كل حال، وكأنه جعل صاحب الحوض محرزًا لم يجعله فى حوضه، ولكن بشرط أن ينقطع الجرى حتى لا يختلط المبيع بغير المبيع، وإن لم يكن الحوض من الصفر أو النحاس، ولم يكن مجصّصًا، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه حسب اختلافهم فى بيع الجمد[فى المجمدة] فى الصيف على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

[قال رحمه الله]: والمختار فى هذه المسألة أنه إن سلم أولا على سوم البيع، ثم باع بعد التسليم جاز [وإن باع بعد التسليم جاز] وإن باع أولا، ثم سلم لا يجوز؛ لأن الحوض ينصب شيئًا من الماء، فيهلك بعض المبيع، فإذا كان البيع أولا كان الهلاك قبله بالقبض يسقط حصته من الثمن والقدر الهلاك مما لا يعرف، فتكون حصة الباقى من الثمن مجهولة، وأنها توجب

---

(١) أخرجه البيهقى فى "الكبرى" (١١٦١٠): باب ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٣١٩٤): باب فى الكلأ وبيعه، وأحمد فى "مسنده" (٢٣١٣٢)، والطبرانى فى "الكبير" (١١١٠٥)، وأبو داود فى "سننه" (٣٤٧٧): باب فى منع الماء، وابن ماجه فى "سننه" (٢٤٧٢): باب المسلمون شركاء فى ثلاث.

فساد العقد.

ورأيت فى موضع آخر إن كان صاحب الحوض ملأ الحوض من ساقية نهر، لا يجوز بيعه؛ لأنه لم يصر محرزاً له بحوضه، فإنما باع ما لم يملك، وإن كان ملأه بالجرة، أو بالقربة جاز البيع؛ لأنه ملكه بالإحراز بالجرّة أو بالقربة، فقد باع ما ملكه، فجاز.

١٢٠٣٤- وأما بيع الجمد فى المجمدة إن كان البيع فى الشتاء، وكان الجمد بحيث لايذوب فى ذلك الوقت، ولا ينتقص يجوز، وإن كان البيع فى الصيف، فقد أنكره بعض مشايخ بلخ، وقال: لا يجوز على كل حال، وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف: إن سلم أولا على سوم البيع، ثم باع بعد التسليم يجوز البيع، وإن باع أولا، ثم سلم لا يجوز؛ لأن فى زمان الصيف يذوب بعض الجمد، فيهلك بعض المبيع، فإذا كان البيع أولا كان الهلاك قبل التسليم [ولا يدرى القدر الهالك حتى يسقط حصته من الثمن، فيكون ثمن الباقى مجهولا، وأنها توجب فساد العقد، وهذا المعنى لا يتأدى فيما إذا كان التسليم][(١)] أولا، وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى يفتى بالجواز على كل حال لتعامل الناس، وكان الفقيه أبونصر محمد ابن سلام البلخى يقول: يجوز البيع بعد التسليم وقبل التسليم إذا لم يتخلل بين البيع والتسليم مدة طويلة، بأن سلم بعد البيع بيوم، أو يومين، أو لو سلم بعد ثلاثة أيام لا يجوز؛ لأن قدر ما يذوب فى المدة القصيرة ساقط الاعتبار فيما بين الناس، فصار وجوده والعدم بمنزلة، وعلى هذا أكثر مشايخ ما وراء النهر.

ثم إذا جاز البيع يثبت للمشترى خيار الرؤية إذا رآها حين وقع التسليم، فإن رآها بعد ما وقع التسليم، فإن وقع التسليم لتمام ثلاثة أيام، لم يكن له خيار الرؤية، وإن وقع التسليم قبل ذلك، يبقى له خيار الرؤية إلى تمام ثلاثة أيام من وقت العقد.

ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى فى الباب الأول من بيوع "واقعاته"، وفى كتاب الشرب: إذا باع الشرب وحده لا يجوز، وإذا باع الشرب مع الأرض يجوز، وإذا باع أرضًا مع شرب أرض أخرى، لم يذكر محمد فى "الكتاب" هذا الفصل.

وحكى عن الفقيه أبى نصر محمد بن محمد بن سلام رحمه الله تعالى: أنه يجوز، قال الفقيه أبو جعفر: إليه أشار محمد رحمه الله تعالى فى "الكتاب".

١٢٠٣٥- ولو قال: بعت منك هذه الأرض بألف درهم، وبعت منك شربها، هل يجوز بيع الشرب؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه فى شرب شيخ الإسلام، وإذا اشترى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"ف".

كذا كذا قربة ماء من الفرات، جاز استحسانًا، إذا كانت القربة بعينها لتعامل الناس، قيل إنما يجوز إذا [بين] مكان رفع الماء نحو: پائے كاه كفش كران بخارا، وأشباه ذلك، ذكر الحسن بن زياد فى "المجرد" عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فى رجل اشترى من سقاء كذا كذا قربة بدرهم عن ماء دجلة على أن يوفيها بمنزله كان جائزًا [إذا كانت قربة بعينها، وكذلك إذا قال: بعنى كل راويتين من ماء دجلة بدرهم على أن يوفيها من منزلى، كان جائزًا][(1)].

وروى ابن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى: أن هذا البيع فاسد لوجهين: أحدهما: أن الماء ليس عنده، والثانى: أن القربة وعاء، إذا ضاعت لا يعرف ما مقدارها.

١٢٠٣٦- وإذا قال لغيره: اسق دوابى كذا شهرًا بدرهم، لم يجز، ولو قال: كل شهر كذا قربة، فهو جائز إذا أراه القربة.

١٢٠٣٧- ولو قال لغيره: أسقيك ملأ قراحك، ففتح له من نهر، وسقاه، فلا شيء له، وقال: اسقى دوابك من نهرى، أو من حوضى كذا، فذلك جائز.

نوع آخر فى جهالة المبيع أو الثمن:

[جهالة المبيع، أو الثمن مانعة جواز البيع إذا كان يتعذر معها التسليم، وإن كان لايتعذر، لا يفسد العقد، كجهالة] كيل الصبرة، بأن باع صبرة معينة، ولم يعرف قدر كيلها، كجهالة عدد الثياب المعينة، بأن باع أثوابًا معينة، ولم يعرف عددها، وهذا لأن الجهالة ما كانت مانعة لعينها، بل للافضاء إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم؛ لأنه ينعدم ذلك ما هو فائدة العقد، فإذا لم تكن مانعة من التسليم والتسلم، فقد انعدم المعنى الذى لأجله صارت الجهالة مفسدة للعقد، فينعدم الفساد.

١٢٠٣٨- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع الصغير": رجل اشترى من رجل ثوبًا، كل ذراع بدرهم، ولم يعلم قدر جملة ذرعان الثوب، فاعلم بأن ههنا أربع مسائل: إحداها: فى العدديات المتفاوتة، كالأغنام والثياب، وصورة المسألة [فيها] إذا أشار الرجل إلى قطيع من الغنم، أو إلى جراب هروى، وقال: بعتك كل شاة منها بعشرة، أو قال: بعتك كل ثوب منها بعشرة، فهذا على ثلاثة أوجه: الأول: أن يبين جملة عدد الأغنام، أو الثياب، ولم يبين جملة الثمن، بأن قال: بعت منك هذا القطيع وهى مائة شاة، كل شاة [منها] بعشرة، أو

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

قال: بعتك هذا الجراب وهى مائة ثوب، كل ثوب بعشرة، ولم يبين جملة الثمن، بأن لم يقل: بألف درهم، وفى هذا الوجه يجوز البيع بالإجماع؛ لأن المبيع صار معلومًا بالإشارة والتسمية، وجملة الثمن أيضًا معلوم حالة العقد؛ لأنهما لما بينا عدد الأغنام مائة، وبيّنا لكل غنم عشرة، فكأنهما قالا: بعتك هذه الأغنام وهى مائة بألف درهم، كل غنم بعشرة [دراهم] فالبيع معلوم والثمن معلوم، فيجوز.

الوجه الثانى: أن يبين جملة الثمن، ولم يبين عدد الأغنام، بأن قال: بعتك هذه الأغنام [وهى مائة]بألف درهم، كل غنم منها بعشرة، أو قال: بعتك هذا الجراب بألف درهم، كل ثوب منه بعشرة، وفى هذا الوجه يجوز البيع أيضًا؛ لأن جملة الثمن صارت معلومة بقوله: ألف درهم، وكذلك ثمن كل شاة صار معلومًا [بقوله] كل شاة بعشرة، والمبيع صار معلومًا بالإشارة، حيث قال: بعتك هذه الأغنام، فالإشارة إلى المبيع، أو إلى مكان المبيع كافية للإعلام، وإن كان لا يعلم ما هو، وما مقداره، كما لو قال: بعتك جميع ما فى هذا البيت بعتك جميع ما فى كفى، فإن فى هذه الصورة يجوز البيع، ويصير المبيع معلومًا بالإشارة.

الوجه الثالث: إذا لم يبين جملة الثمن، ولا جملة الأغنام، أو الثياب، وإنما يبين حصة كل غنم، أو كل ثوب، بأن قال: بعتك هذا القطيع كل شاة منها بعشرة، أو قال: بعتك هذا الجراب كل ثوب منها بعشرة، وفى هذا الوجه لا يجوز العقد أصلا إلا أن يعلم عدد الأغنام فى المجلس، فينقلب العقد جائزًا، وكان للمشترى الخيار إن شاء أخذ بما ظهر له من الثمن، وإن شاء ترك، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى العقد جائز فى الكل، ولا خيار للمشترى إن كان قد رآه.

١٢٠٣٩- المسألة الثانية فى المكيلات والموزونات، صورتها: إذا أشار إلى صبرة، وقال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز منها بعشرة، فهو على ثلاثة أوجه أيضًا: إن بين عدد القفزان، وبين ثمن كل قفيز، إلا أنه لم يبين جملة الثمن، أو بين جملة الثمن، وبين ثمن كل قفيز، إلا أنه لم يبين عدد جملة القفزان، بأن قال: بعت منك هذه الصبرة، كل قفيز منها بدرهم، فالعقد جائز بالإجماع، وإن بين ثمن كل قفيز [منها بدرهم] ولم يبين [عدد] جملة القفزان، ولا جملة الثمن، بأن قال: بعت منك هذه الصبرة، كل قفيز منها بدرهم، فالعقد جائز عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فى قفيز واحد، ولا يجوز فيما زاد عليه إلا أن يعلم عدد القفزان فى المجلس، فحينئذٍ يجوز البيع فى الكل، وكان للمشترى الخيار على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: البيع جائز فى الكل.

١٢٠٤٠ - المسألة الثالثة فى العدديات المتقاربة، والجواب فيها كالجواب فى المكيلات والموزونات؛ لأن العدديات المتقاربة ألحقت بالمكيلات والموزونات، صورتها: إذا قال الرجل لغيره: بعت منك [هذه] الجوزات، كل جوزة بفلس.

١٢٠٤١ - المسألة الرابعة فى الذرعيات، صورتها: إذا قال لغيره: بعت منك كل ذراع من هذا الدار بدرهم، أو قال: من هذا الثوب بدرهم، والجواب فيها كالجواب فى الأغنام؛ لأن الذرعان من الدار الواحدة مما يتفاوت فى نفسها من حيث القيمة، فإن الذراع من مقدم البيت والثوب يكون أكثر قيمة من الذراع من مؤخر البيت والثوب، فصار الجواب فيها كالجواب فى الأغنام من هذا الوجه، فوجه قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ومحمد: إنه لو لم يجز هذا البيع إنما لم يجز لأن جملة الثمن ليست بمعلومة للحال، إلا أن طريق تحصيل العلم قائم بالرجوع إلى عدد الأغنام من غير مشقة، فإنه إذا عد الأغنام يصير جملة الثمن معلومة، والجهالة إذا كانت مشتركة يمكن رفعها من غير مشقة لا يفسد العقد، كما لو باع بوزن هذا الحجر ذهبًا.

ولأبى حنيفة رضى الله تعالى أن كلمة كل إذا دخلت على ما لم يعلم نهايته، يتناول الواحد من تلك الجملة، كما فى قوله: أجرتك هذه الدار كل شهر، وكما فى قوله لامرأة غيره: كفلت لك عن زوجك نفقة كل شهر، وإذا تناول واحدًا من [تلك] الجملة، صار بائعًا شاة واحدة من القطيع، وثوبًا واحدًا من الجراب، وذراعًا واحدًا من الثوب، أو الدار، وقفيزًا واحدًا من الصبرة، وجوازًا واحدًا من الجوزات الكثيرة؛ إلا أن بيع شاة واحدة من القطيع، وبيع ثوب واحد من الجراب، وبيع ذراع واحد من الثوب، أو من الدار لا يجوز، وبيع قفيز واحد من الصبرة، يجوز، فكذا ههنا.

وعبارة بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى لأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه [فى المسألة] أنه لا وجه إلى تجويز البيع فى كل العدديات المتفاوتة، وما ألحق بها؛ لأن ثمن الكل مجهول فى الحال، ولا وجه إلى تجويزه فى واحدة منها، وإن كان ثمن الواحدة معلومًا؛ لأن الواحدة منها مجهولة فى نفسها، لكونها متفاوتة، ألا ترى أنه لو باع واحدة من القطيع، أو واحدة من الجراب لم يعينها، لم يجز، فأما فى المكيلات والعدديات المتقاربة إن تعذر تجويز البيع فى الكل؛ لأن ثمن الكل مجهول، أمكن تجويز البيع فى واحدة منها؛ لأن ثمنها معلوم بالتسمية، والواحد منها معلوم أيضًا؛ لأنه غير متفاوت فى نفسه؛ لأنه من ذوات الأمثال، ألا ترى لو باع قفيزًا من صبرة فى الابتداء، أو باع جوزا من جوزات فى الابتداء بثمن معلوم جاز ذلك، كان

القياس أن يجوز البيع فى الثانى والثالث من القفزان [على قول أبى حنيفة رحمه الله : ولايقتصر الجواب على الواحد؛ لأن ثمن الثانى والثالث معلوم، والثانى والثالث من القفزان][1] مما لا تتفاوت فى نفسها، لكن تركنا القياس فيما زاد على الواحدة؛ لأنا لو عملنا بالقياس، وجوزنا البيع فى الثانى والثالث لزمنا تجويزه فى الكل، إذ ليس الثانى والثالث بأولى من الرابع والخامس؛ لأن الثانى والثالث بيع للأول كالرابع والخامس؛ لأنه لا يتصور وجودهما بدون الأول كالرابع والخامس، فيؤدى إلى تجويز البيع فى الكل مع أن ثمن الكل مجهول.

١٢٠٤٢ - أما تجويز البيع فى الواحد لا يؤدى إلى تجويز البيع فى الثانى والثالث؛ لأن الأول لايتصور بدون الثانى والثالث، فكان الواحد أصلا من حيث إنه يتصور بدون الثانى والثالث، فتجويز البيع فى الواحد لا يؤدى إلى تجويز البيع فى الكل، فلهذا افترقا.

وليس كما لو كان الثمن دراهم مشارًا إليها؛ لأن المشار إليها معلوم من كل وجه بالإشارة كما فى جانب المبيع، ألا ترى أنه يمكن للمشترى أخذ المشار إليه من غير رجوع إلى شىء [آخر] ولا يمكن للبائع أخذ جميع الثمن ههنا إلا بعد الرجوع إلى عدد الأغنام.

وكذا إذا أشار إلى [الحجر] لأن الحجر معيار للدراهم لأنها توزن به، فصارت الإشارة إلى معيارها، كالإشارة إليها، وههنا لم يوجد الإشارة إلى جملة الثمن، ولا إلى معياره؛ لأن القطيع ليس بمعيار للثمن؛ لأنه لا يوزن به ولم يوجد تسمية جملة الثمن، فبقى جملة الثمن مجهولة، إلا أن هذه جهالة يتوهم زوالها بعد الأغنام، فقلنا بفساد العقد للحال، وبالجواز متى علم عدد الأغنام فى المجلس، فأثبتنا الخيار للمشترى؛ لأن الثمن كان مجهول [القدر عنده] وإنما صار معلومًا بعد الأغنام، فيتخير كما لو كان المبيع مجهول الوصف [وزالت الجهالة] بالرؤية، ويسمى هذا الخيار بكشف الحال [حتى] لو رضى به المشترى، فليس للبائع أن يأبى، ثم شرط فى الكتاب لجواز هذا العقد أن يعلم عدد الأغنام [على قول أبى حنيفة][2] فى المجلس؛ لأن ساعات المجلس [لها حكم ساعة واحدة فى حق العقد، فصار كأنهما إنشاء العقد فى الحال، فكان طريق تجويز العقد طريق دفع الفساد، فأما ساعات ما بعد الافتراق عن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى النسخة "م".

المجلس مع ساعات المجلس ليس][1] لها حكم ساعة واحدة ليجعل كأنهما إنشاء العقد، فكان طريق تجويز العقد طريق رفع الفساد، ورفع الفساد إنما يجوز فى موضع كان الفساد بسبب شرط فى العقد، كأجل مجهول، أو خيار يزيد على الثلث، لا فى موضع [كان] الفساد فى صلب العقد، والفساد ههنا فى صلب العقد؛ لأن الفساد بسبب جهالة الثمن، والثمن من صلب العقد.

وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: إن عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه إذا علم عدد الأغنام فى المجلس، أو بعد الافتراق من المجلس ينقلب العقد جائزًا على كل حال، وهذا القائل يقول: ذكر المجلس فى الكتاب وقع اتفاقًا.

وقال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى: الأصح عندى أن على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وإن علم عدد الأغنام فى المجلس، لا ينقلب العقد جائزًا، ولكن إن كان البائع دائمًا على رضاه، ورضى به المشترى، ينعقد بينهما عقدًا مبتدأ بالتراضى، وسيأتى مثل هذا فيما إذا باع شيئًا برقمه [إن شاء الله تعالى][2].

هذا الذى ذكرنا إذا قال: كل شاة بعشرة، أو قال: كل ذراع، أو قال: كل قفيز، فأما إذا قال: كل شاتين بعشرة، كل ذراعين بعشرة، كل قفيزين بعشرة، ففى الأغنام، وما أشبهها من العدديات المتقاربة، لا يجوز البيع عندهم فى الوجوه الثلاثة بأن بين عدد الأغنام جملة، ولم يبين جملة الثمن، أو بين جملة الثمن، ولم يبين جملة الأغنام، أو لم يبين جملة عدد الأغنام، ولا جملة الثمن، وإنما قال: كل شاتين بعشرة، وهذا لأن ثمن كل شاة ههنا غير معلوم بنفسها، بل يحتاج إلى ضم شاة أخرى إليها، ثم يقسم العشرة على قيمتها، ولا يعرف كيفية الضم أنه يضم الجيد إلى الجيد، أو الرديء إلى الجيد أو الوسط، فيبقى ثمن كل واحد مجهولا، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة، فإنه إذا وجد شاة أخرى، أو ثوبًا عينًا بعد القبض، يرد المعيب خاصة، ويتمكن المنازعة بينهما فى ثمنه، وكذا إذا هلك أحدهما قبل القبض، أو تقايلا البيع فى واحد، أو استحق واحد، فعرفنا أن هذه الجهالة تفضى إلى المنازعة، فينعقد البيع بينهما.

١٢٠٤٣- وفى الكيل والوزن، وما ألحق بها من العدديات المتقاربة [إن] بين جملة عدد القفزان، أو لم يبين جملة الثمن، أو بين جملة الثمن، ولم يبين عدد القفزان، فالبيع جائز

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى النسخة "م".

عندهم جميعًا؛ لأن أكثر ما فيه أن كل قفيز مبيع لا يعرف ثمنه إلا بانضمام غيره إليه، إلا أن العين الذى يضم إليه مما لا يتفاوت فى نفسه، بخلاف الشاة على ما بينا، ألا ترى أنه لو باع قفيزين من صبرة بعشرة، كان جائزًا، ولو باع شاتين من قطيع بعشرة لا يجوز، وإن لم يبين واحدًا منهما، ولكن قال: بعتك هذه الصبرة، كل قفيزين منها بعشرة، يجب أن تكون المسألة على الخلاف على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: يجوز البيع فى قفيزين منها بعشرة، ولا يجوز فيما زاد على ذلك إلا أن يعلم عدد القفزان فى المجلس، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يجوز فى الكل، كما لو قال: كل قفيز منها بدرهم، وعلى هذا إذا قال: كل ثلاثة بكذا.

١٢٠٤٤- ولو أشار إلى نوعين حنطة وشعير، وقال: أبيعك هذين الصبرتين، كل قفيزين منهما بدرهم، صح العقد على قفيز واحد منهما فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يجوز فى الصبرتين.

١٢٠٤٥- وفى "المنتقى": رجل قال لآخر: بعتك هذه السفينة الآجر، كل ألف بعشرة دراهم، فالبيع فاسد؛ لأن البيع وقع على جميعه، ولا يدرى إن أصاب ببعضها عيب ما خصه؛ لأن الآجر متفاوت، ولو قال: أبيعك منه ألفا بعشرة، فإن عدله الألف، تم البيع فيهما، ولكل واحد منهما أن يمتنع من البيع ما لم يعدله.

١٢٠٤٦- وفى "نوادر ابن سماعة": قال: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن رجل دنى إلى وقر بطيخ، وقال: بكم عشر بطيخات من هذه البطيخات بغير عينها، فقال: بكذا، فاشترى ثم عزل البائع عشر بطيخات، فقبلها المشترى، ومضى على ذلك القول، والبطيخ متفاوت، قال: هو جائز استحسانًا بمنزلة رجل قال للقصاب: بعنى هذا اللحم بكذا، فباعه منه، وقطع [له] منه واحدة على ذلك، فالبيع جائز.

قال: وكذلك الرمان، وهذا لأن البائع لما عزل، كان ذلك منه بمنزلة ابتداء العقد، فإذا قبل المشترى تم البيع الآن.

١٢٠٤٧- قال ثمه: ولو أتى إلى مائة شاة، وقال لصاحبها: بكم عشرة منها، قال: بكذا، فاشترى، فالبيع باطل، قالوا: وعلى قياس مسألة البطيخ والرمان يجب أن [يقال: إذا عزل البائع عشرة منها، وقبلها المشترى، ومضى على ذلك، أنه يجوز، وعلى قياس مسألة الشاة يجب أن يقال: فى البطيخ والرمان إذا [لم يعزل البائع، أو عزل] ولكن لم يقبل المشترى، أنه لا يجوز، فإذا لا فرق بين هذا المسائل.

١٢٠٤٨- وفى "المنتقى" : رجل معه دراهم، قال[لغيره] اشتريت منك هذا الثوب مثلا، وأشار إلى ما معه من الدراهم، فباعه، فوجد ستوقًا، فالبيع فاسد.

رجل قال: بعت هذه المائة الشاة بهذه المائة الشاة كل منها بشاة، فالبيع فاسد.

١٢٠٤٩- رجل قال لآخر: بعت منك هذه البقرة وهى حية كل رطل بدرهم، فقبضها، فضاعت منه، ضمن قيمتها، أشار إلى فساد هذا البيع، وعن محمد رحمه الله تعالى فيمن قال لآخر: بعت منك هذه الشاة، كل ثلاثة أرطال بدرهم بوزن حبة، فالبيع باطل؛ لأنها تنقص وتزيد، وكذلك إذا قال: [وزنها خمسون رطلا، فاشترى منه كل ثلاثة أرطال بدرهم، وكذلك إذا قال:](1) بعت منك هذه الرمانة بوزنها دراهم، فالبيع باطل؛ لأنها قد تنقص.

١٢٠٥٠- وفى "القدورى": إذا قال الرجل لغيره: بعت منك هذا اللحم، كل رطل بكذا، فالبيع فاسد فى الكل عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: البيع جائز فى الجميع ولا خيار له، والخلاف فى هذا نظير الخلاف فيما إذا قال: بعت منك هذا القطيع، كل شاة منها بدرهم، وإنما لم يجز البيع فى رطل واحد عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، بخلاف مسألة الصبرة؛ لأن القفزان من الصبرة لا تختلف، فيمكن تجويز العقد فى قفيز واحد؛ لأن ثمنه معلوم، أما موضع اللحم من الشاة ما يختلف، فلا يمكن تجويز العقد فى رطل واحد.

١٢٠٥١- ولو باع شياه(2) بربح ده يازده، ولم يعلم ما اشترى به، فالبيع فاسد، حتى يعلم المشترى، فيختار أو يدع، هذا رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى، وهذا لأن الثمن مجهول عند المشترى جالة يمكن زوالها بالإعلام، فقيل: بالفساد فى الحال لمكان الجهالة، وقيل الجواز إذا زالت الجهالة عملا بالأمرين.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أن البيع جائز، وتأويله أنه موقوف يحكم بالجواز عند ارتفاع الجهالة بدليل ما فسّر أنه لو هلك ذلك الشىء، أو باعه، فالبيع فاسد، ويلزمه قيمته، وهذا دليل على أن العقد محكوم بفساده إلى أن تزول الجهالة، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن مات البائع قبل أن يرضى المشترى، وقد قبض أو لم يقبض، انتقض العقد؛ لأن رضى المشترى ههنا بمنزلة الإجارة فى العقد الموقوف، ثم فى الإجارة يشترط قيام المتعاقدين والمعقود عليه، كذا ههنا.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى "ف"، وكان النسخ الباقية التى عندنا: شاة.

ولو قبض المشترى، وأعتقه، أو باعه قبل العلم، أو مات المشترى، فالعتق والبيع جائز، وعليه القيمة، أما جواز العتق والبيع فلحصولهما فى ملك المعتق والبائع، وأما وجوب القيمة فلتقرر الفساد بإزالة العتق عن ملكه قبل العلم بالثمن، ولو أعتق بعد ما علم برأس المال، فعليه الثمن؛ لأن الجهالة، زالت فزال الفساد إلا أن المشترى كان له الخيار، وقد سقط خياره بالإعتاق، فلزمه الثمن، ولو كان عتق عليه بحكم القرابة، ولم يكن علم بالثمن حتى قبضه، فعليه القيمة؛ لأنه لا فرق بين الإعتاق والعتق عليه فيما يرجع إلى فوات المحل، فتقرر الفساد.

١٢٠٥٢- وفى "الأصل": إذا قال لغيره: أخذت هذا منك بمثل ما يبيع الناس، فهو فاسد، ولو قال: بمثل من أخذ به فلان من الثمن، فإن علما مقدار ذلك وقت البيع، فالبيع جائز، وإن لم يعلما فالعقد فاسد، فإن علما بعد ذلك إن علما وهما فى المجلس، ينقلب العقد جائزًا، ويتخير المشترى؛ لأن ما يلزم المشترى من الثمن إنما يظهر للحال، وهذا خيار يكشف الحال، وقد مر نظير هذا فيما تقدم.

١٢٠٥٣- وإذا اشترى شيئًا برقمه، ولم يعلم المشترى رقمه، فالعقد فاسد، فإن علم بعد ذلك إن علم فى المجلس، جاز فى العقد، وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى يقول: وإن علم بالرقم فى المجلس، لا ينقلب ذلك العقد جائزًا، ولكن إن كان البائع دائمًا على ذلك الرضا، ورضى به المشترى، ينعقد بينهما عقد ابتداد بالتراضى.

١٢٠٥٤- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل له على رجل عشرة دراهم، فقال: من له العشرة لمن عليه العشرة بعنى الثوب ببعض العشرة، وبعنى هذا الآخر بما بقى من العشرة، فقال: نعم بعتك، فهذا جائز [والفرق أنه لما قال: بعنى هذا الثوب الآخر بما بقى، فكأنه قال: بعنى هذين الثوبين بعشرة، فيصير جملة الثمن معلومًا، والمبيع معلوم، وكذلك][1] إن قال: بعنى هذا ببعض العشرة، وهذا الآخر ببعض العشرة، قال: لا يجوز، وقيل: ينبغى أن لا يجوز فى الوجهين؛ لأن ثمن كل واحد منهما مجهول، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة، فإنه إذا وجد بأحدهما عيبًا بعد القبض يرد المعيب خاصة، ويتنازعان فى ثمنه.

١٢٠٥٥- وفى "المنتقى": إذا باع عدل بز برقمه، ثم باعه البائع من آخر قبل أن يبين الثمن للأول، فبيعه جائز من الثانى، ولو أخبره بالثمن، فلم يختر أخذه حتى باعه البائع من

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

غيره، لم يجز بيعه الثاني، وأشار إلى الفرق، فقال: لأن في الفصل الثاني أوجب البيع الأول، وهو فيه بالخيار، يعني الأول يريد [بهذا] أن البيع قد صح من الأول لما أخبر البائع الأول بالرقم الأول أن له خيار بكشف الحال، فإذا صح البيع من الأول صار العدل ملكًا للأول، فالبيع الثاني صادف ملك الأول، فلم يصح، قال: وفي الفصل الأول لم يبين له الثمن، فكان له الخيار، يريد به إذا لم يبين الثمن الأول كان البيع من الأول فاسدًا، فيكون للبائع خيار نقضه، والبيع الثاني نقض للأول مقتضاه سابقًا عليه، فكان البيع الثاني مصادفًا ملك البائع، فيصح، ثم قال: عقيب هذه المسألة، ألا ترى أن المشتري لو استهلكه بعد ما أخبره بالثمن كان عليه [الثمن] ولو استهلكه قبل أن يخبره بالثمن، فعليه القيمة، ثم قال: كل بيع يكون على المشتري فيه القيمة، فللبائع أن ينقضه، وأن يبيعه قبل أن يسلمه، وكل بيع يكون على المشتري فيه الثمن، ويكون له فيه الخيار، فليس للبائع أن ينقضه.

١٢٠٥٦- وإذا كان البيع بالتولية، أو برقمه، ولا يعلم ما برأس ماله، فهو بمنزلة البيع الفاسد في حكم الضمان، وفي حكم النقض، إلا أنه مخالف البيع الفاسد من وجه، فإن في البيع الفاسد إذا كان البائع لا أتم البيع، لا يجبر عليه، وهناك لو قال البائع: لا أخبرك بالثمن يجبر عليه.

١٢٠٥٧- وفي "الإملاء" عن محمد عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أنه إذا قال لغيره: بعتك هذا الطعام كل كرّ بمائة درهم، فإنما وقع البيع في كرّ، فإن كال المشتري والبائع الطعام، وعرف المشتري كيله كله، فله أن يرضاه، ويأخذه كله، كل كرّ بمائة، وليس للبائع أن يمتنع منه، وهذا رواية عن محمد وأبي حنيفة رحمهما الله، وروى أبو يوسف عنه: أنه لا يجوز العقد فيما زاد على الكر إلا بتراضيهما؛ لأن العقد لما وقع فاسدًا لجهالة الثمن، أوجب ذلك خيار الفسخ لكل واحد منهما، فلا يلزم إلا بتراضيهما، وإن لم يرض به المشتري بعد ما علم بكيله حتى باع البائع ما بقي من الطعام من رجل آخر، ثم قال المشتري الأول بعد ذلك، رضيت بالطعام كله لم يلتفت إلى رضاه، وكان له من الطعام كرّ، والباقي للمشتري الآخر، وإذا باع جرابًا من بز، وقال بعتك هذا الجراب، كل ثوب بخمسين درهمًا، فالبيع فاسد في الكل، فإن عدّ البائع الثياب، وعرف المشتري عددها، فقال: رضيت بذلك، فليس للبائع أن يمتنع عنه، وجاز البيع للمشتري.

١٢٠٥٨- وفي "المنتقى": رجل اشترى من آخر مائة جوزة من جوز كبير بثمن معلوم، فلما عدها له البائع قال: لا أرضى، فليس له ذلك، ولو اشترى من قصاب كذا رطلا من لحم

بدرهم، فقطع القصاب [اللحم] ووزنه وهو ساكت حين قطعه [ووزنه، ثم قال: لا أرضى، فله ذلك حتى يقول بعد الوزن: رضيت، وقال: لا يشبه هذا الجوز][(١)]، وأشار إلى العلة، فقال: لأن الجوز شيء واحد -والله أعلم-.

روى الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال لغيره: بعتك نصيبي من هذا الطعام، ولم يبين كم هو، فالبيع باطل، وإن بينه بعد ذلك، وهو قول زفر.

١٢٠٥٩- وفي "المنتقى" عن محمد: إذا قال الرجل لغيره: بعتك نصيبي من هذه الدار، ولم يبين النصيب، قال: قولي وقول أبي حنيفة: [إنه] فاسد، وقال أبو يوسف هو جائز، والمشتري بالخيار إذا علم، إن شاء أخذ، وإن شاء لم يأخذ، قال الحاكم أبو الفضل: قول محمد ههنا بخلاف ما ذكر في "الأصل"، وروى الحسن ابن أبي مالك، قال: سمعت أبا يوسف يقول عن أبي حنيفة: إذا باع نصيبه من هذه الدار، و[لم] يبين النصيب، فالبيع فاسد، إلا أن يتصادقا أنهما كانا يعرفان كم هو، فيجوز، قال ابن مالك: وهو قول أبي يوسف، قال: وكان أبو حنيفة أولا يقول: بيع نصيبه جائز؛ لأنه معلوم في نفسه، وإن كان مجهولا عندهما، ألا ترى أنه إذا ولي ما اشترى، ولم يجزه، فالبيع جائز، وإن كان مجهولا عندهما كما كان معلومًا في نفسه، ثم رجع أبو حنيفة، وقال: بيع النصيب فاسد، وهو قول أبي يوسف [ثم رجع أبو يوسف] عن هذا القول، وقال: هو جائز بمنزلة التولية.

١٢٠٦٠- [ذكر محمد في آخر شفعة "الأصل": إذا باع الرجل من غيره كل حق له في شركة الدار، فباع نصيبه من هذه الدار، فإن كان البائع والمشتري يعلمان مقدار نصيب البائع يجوز، وإن كانا لا يعلمان لا يجوز، وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي في شرحه: أن على قول أبي يوسف: يجوز وإن كانا لا يعلمان مقدار نصيب البائع، وإن كان المشتري يعلم مقدار نصيب البائع، والبائع لا يعلم مقدار نصيبه يجوز، وإن كان البائع يعلم مقدار نصيبه، والمشتري لا يعلم، قال أبو حنيفة: لا يجوز، وقال أبو يوسف: يجوز، وقول محمد مضطرب][(٢)].

ذكر الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة إذا قال الرجل لغيره: أبيعك من هذا البيض عشرة بكذا، أن القياس فيه أن البيع فاسد مثل الرمان وأشباهه، ولكن أستحسن تجويزه، وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف من قال لغيره: بعتك كر طعام، وعنده كر طعام،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

فالبيع على الكر الذى عنده، وكذلك إذا قال: بعتك جارية، وعنده جارية، فإن كان عنده جاريتان، فالبيع فاسد.

١٢٠٦١- وفى شرح كتاب العتاق: إذا قال لغيره: بعت منك عبداً لى بكذا، وله عبد واحد، فإن قال: عبداً لى فى مكان كذا، جاز البيع، وإن لم يقل فى مكان: كذا، قال شمس الأئمة الحلوانى: عامة المشايخ على أنه لا يجوز البيع، قال: وهو الصحيح، وإليه أشار محمد فى [كتاب العتاق.

١٢٠٦٢- قال محمد فى][1] "الجامع الصغير": وإذا اشترى الرجل من آخر عشرة أذرع من مائة ذراع من الحمام، أو من الدار، فالبيع فاسد عند أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: البيع جائز إذا كانت الدار مائة ذراع، وإذا اشترى عشرة أسهم من مائة سهم من الدار، جاز البيع عندهم جميعًا، ذكر الخصاف فى هذه المسألة [أن] فساد البيع عند أبى حنيفة، لجهالة جملة الذرعان، فأما إذا عرف مساحتها، يجوز عنده، وجعل هذه المسألة على قياس ما لو باع كل شاة من القطيع بعشرة، إن كان عدد جملة الشاة معلومًا يجوز عنده، وإن لم يكن معلومًا، لا يجوز، وذكر أبو زيد الشروطى [فى شرحه]: أن على قول [أبى حنيفة] البيع فاسد، وإن علم ذرعان الجملة، وهكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرح بيوع "الأصل"، وهو جواب "الجامع الصغير"، وهذا أصح ما قاله الخصاف، فوجد قولهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار، وبيع عشر الدار جائز بالاتفاق، كما لو باع عشرة أسهم من مائة سهم من الدار، فاللفظ مختلف، أما المعنى لا يختلف، ولأبى حنيفة أن المبيع مجهول؛ لأن الذراع حقيقة اسم لخشبة يذرع[2] بها الممسوحات، ولكن يستعار لما يحله مجازاً، وما يحله عين؛ لأن الخشبة تحل العين، أما لا تحل الشائع، فلم يصح أن يستعار هذا الاسم للشائع، وكان الداخل تحت العقد موضعًا معينًا، فإذا لم يبين ذلك الموضع أنه من مقدم الدار، أو من مؤخره، وجوانب الدار [يتفاوت] فى القيمة كان المعقود عليه مجهولا جهالة تفضى إلى المنازعة، بخلاف السهم؛ لأنه اسم لجزء شائع، ألا يرى أن ذراعًا من عشرة أذرع وذراعًا من مائة ذراع سواء، وسهم من عشرة أسهم لا يساوى سهمًا من مائة سهم، فظهر الفرق.

١٢٠٦٣- وذكر فى بيوع "الأصل": إذا قال: بعتك ذراعًا من عشرة أذرع من [هذه الدار وجعلها على الخلاف الذى ذكرنا، قال شيخ الإسلام: وأجمعوا على أنه لو باع سهمًا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "ف".

(٢) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: يمسح.

من عشرة أسهم من هذه الدار أنه يجوز، ولم يذكر ما إذا باع عشرة أذرع من][1] هذه الدار، ولم يقل من مائة [أذرع] كيف الجواب فيه على قولهما من مشايخنا من قال: يجوز، ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأن المعقود عليه، وإن كان مجهولا إلا أن هذه جهالة مستدركة يمكن رفعها، بأن يذرع الدار بأسرها، فإن كانت مائة ذراع علم أن المبيع عشرها، وإن كانت خمسين ذراعًا، علم أن المبيع خمسها.

١٢٠٦٤- ولو قال: بعتك ذراعًا من هذه الدار إن عين موضعه، بأن قال: من هذا الجانب، إلا أنه لم يميزه بعد، فالعقد منعقد غير ناقد حتى لا يجبر البائع على التسليم؛ لأنه باع مالا معلومًا إلا أنه لا يقدر على التسليم إلا بضرر يلحقه فى غير ما تناوله العقد، وإن لم يعين موضع الذراع على قول أبى حنيفة: لا يجوز أصلا، وعلى قولهما يجوز، ويذرع الدار، فإن كان عشرة أذرع صار شركًا بمقدار عشر الدار، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وذكر شمس الأئمة الحلوانى: أن على قولهما اختلف المشايخ، والأصح أنه يجوز، وإذا باع سهمًا من الدار، ولم يبين موضعه، ذكر شمس الأئمة الحلوانى: أنه لا يجوز إجماعًا، فعلى هذا يحتاج أبو يوسف ومحمد إلى الفرق بين الذراع والسهم، والفرق أن المعقود عليه مضمون فى الفصلين جميعًا، إلا أن فى الذراع رفع الجهالة ممكن، فكانت الجهالة فى الذرع مستدركة، وفى السهم غير مستدركة، فلا يجوز إجماعًا.

١٢٠٦٥- وإذا قال: بعتك ذراعًا من هذا الثوب، ولم يبين موضعه، أو قال: من هذه الخشبة، ولم يبين[2] موضعها، ذكر بعض المشايخ أنه قال: على الخلاف الذى ذكرنا فى مسألة الدار، وذكر بعض المشايخ: أنه لا يجوز بالإجماع، فعلى قول هذا القائل: يحتاج أبو يوسف ومحمد إلى الفرق بين الدار وبين الثوب، وأشار شيخ الإسلام إلى الفرق، فقال: فى مسألة الدار، الذراع أضيف إلى غير محله من حيث العرف والعادة؛ لأن الدار لا تباع ذراعًا عرفًا وعادةً، فلا يمكن العمل بحقيقة اسم الذراع [فى الدار، فيجعل كناية عن غيره، فجعلناه كناية عن السهم من حيث إن الذراع اسم مقدار كالسهم، فصار كما لو باع سهمًا من هذه الدار، فأما فى مسألة الثوب، الذراع أضيف إلى محله عرفًا وعادةً؛ لأن الثوب يباع بالذراع عرفًا وعادة،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى "ظ": ولم يعين.

فأمكن العمل بحقيقة اسم الذراع، فلا يجعل][1] كناية عن غيره، قلنا: والذراع حقيقة اسم للخشبة، ولما يحله مجاز، وما يحله عين، فإذا لم يعين موضعًا، يبقى المعقود عليه مجهولا على نحو ما قلنا لأبي حنيفة، فلم يجز لهذا.

١٢٠٦٦ - وفي "المنتقى": إذا باع ذراعًا من خشبة أو ثوب من جانب معلوم، فالبيع فاسد، فإن قطعه، وسلمه إلى المشتري لم يكن للمشتري أن يمتنع من قبوله، وفيه أيضًا عن أبي يوسف: أن البيع جائز، وللمشتري الخيار إذا قطعه البائع، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه.

١٢٠٦٧ - قال محمد في "الجامع الصغير": رجل اشترى دارًا على أنها ألف ذراع بألف درهم، فوجدها أكثر، فهي له كلها[يعني بألف درهم، وإن وجدها أنقص يخير المشتري، إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك][2].

١٢٠٦٨ - وإن قال: كل ذراع بكذا، فوجدها أكثر، فالمشتري بالخيار، إن شاء ردها، وإن شاء أخذها، وزاد في الثمن بحساب ذلك، وإن وجدها أنقص، فهو بالخيار، إن شاء أخذ وإن شاء ترك، أصل هذا أن الذراع فيما يذرع تشبه الأوصاف، فإن الاسم لا يتغير بزيادة الذرع ونقصانه، بل بتغير وصفه، فيصير أطول وأقصر، ولكنه غير منتفع [به] تزداد القيمة بزيادته، فمن هذا الوجه أصل، فيجب العمل بالشبهين في حالين، وإذا لم يقابل الثمن بالذرعان يراعى فيه شبهة الأوصاف، فيستحق تبعًا لاستحقاق الأصل، وإن لم يتناوله العقد ذكرًا كبناء الدار[3]، يستحق من غير ذكر، وكجمال الجارية يستحق من غير ذكر، وإذا اعتبر وصفًا، فإن زاد سلم للمشتري من غير خيار، وإن انتقص يجبر المشتري، ولكن لا يحط شيئًا من الثمن، كما لو سقط أطراف المبيع، فإن هناك يتخير المشتري، ولا يسقط شيء من الثمن، كذا ههنا.

وإذا قابل الثمن بالذرعان، بأن قال: كل ذراع بكذا، يراعى فيها شبه الإضافة، ويصير كل ذراع بمنزلة مبيع على حدة، فإن ازداد يجبر المشتري؛ لأنه نفع يشوبه ضرر [إلا أنه إذا ازداد المبيع] يلزمه زيادة [ثمن فيتخير] المشتري، وإن انتقص يجبر المشتري أيضًا؛ لأنه نفع يشوبه ضرر؛ لأنه انتقص الثمن بنقص المبيع، وعلى هذا إذا اشترى من آخر ثوبًا على أنه عشرة أذرع بكذا، ولم يبين حصة [كل] ذراع، أو بين ووجده أزيد، بأن وجده أحد عشر ذراعًا، أو وجده

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "م".

(٣) وفي "م": كفناء الدار.

أنقص، بأن وجده تسعة أذرع، فالعقد جائز على كل حال غير أنه إذا لم يبيّن حصة كل واحد من الذرعان، ووجده زائدًا، سلمت له الزيادة مجانًا، ولو وجده ناقصًا لا يسقط شيء من الثمن، ولكن يتخير المشترى، وإن بين حصة كل ذراع، ووجده زائدًا، فله الخيار، إن شاء أخذه، لزمه حصة الزيادة، وإن شاء نقض العقد، والجواب فى الخشب والأرض نظير الجواب فى الثوب والدار [لأنه مزروع كالثوب والدار][1].

١٢٠٦٩- وفى المأذون الكبير فى باب بيع الكيل والوزن إذا قال: أبيعك هذه الدار على أنها أقل من ألف ذراع، فوجدها كما قال، أو أكثر، فالبيع جائز؛ لأن المذروع فى هذه الحالة يشبه الأوصاف، فكأنه اشتراها على أنها ضيعة، ومن اشترى دارًا على أنها ضيعة، فوجدها كذلك، أو وجدها واسعة، كان البيع جائزًا، كذا ههنا.

١٢٠٧٠- ومن هذا الجنس مسائل: مسألة فى الذرعيات، وهى هذه[2]، ومسألة فى الكيليات، والوزنيات، وصورتها: رجل باع من آخر صبرة على أنها خمسون قفيزًا، مثلا، أو اشترى زيتًا على أنها خمسون منا بكذا، فوجده أزيد بأن وجده إحدى وخمسين، أو أنقص، بأن وجده تسعة وأربعين، فالبيع جائز بين حصة كل قفيز [وحصة كل منّ، أو لم يبين؛ لأنه متى وجده إحدى وخمسين، والداخل تحت العقد خمسون، صار مشتريًا خمسين قفيزًا من إحدى وخمسين قفيزا][3]، وذلك جائز، سمى لكل قفيز ثمنًا، أو لم يسم؛ لأن الحنطة من ذوات الأمثال حتى يضمن مستهلكًا المثل من جنسها، والحادى والخمسون الذى لا يدخل تحت العقد لايتفاوت فى نفسها حتى يصير الباقى مجهولا، ومتى وجده تسعة وأربعين، فكذلك البيع جائز؛ لأنه لو لم يجز إنما لم يجز لجهالة ثمن الباقى، وثمن الباقى معلوم، أما إذا بين لكل قفيز ثمنًا فظاهر، وأما إن لم يبين فلأن القفزان لا تتفاوت فى أنفسها، فيقسم الثمن باعتبار عدد القفزان، فيصير حصة الذاهب معلومًا بيقين، وإذا صار حصة الذاهب معلومًا كان حصة الباقى معلومًا، ولهذه المسألة تفريعات لم يذكرها محمد فى "الجامع الصغير"، ولا فى بيوع "الأصل".

فمن جملتها إذا قال لغيره: أبيعك هذه الحنطة بكذا على أنها أقل من كر، فاشتراها على

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى النسخ الباقية التى عندنا، وكان فى الأصل: بيده مكان هذه.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ذلك، فوجدها أقل من كر، فالبيع جائز إلا رواية عن أبى يوسف، رواها المعلى؛ لأن المبيع معلوم بالإشارة، ووجده على شرطه الذى سماه، والثمن معلوم بالتسمية، فيجوز، وإن وجدها كذا[١]، أو أكثر من ذلك، فالبيع فاسد؛ لأن البيع يتناول بعض الموجود، وهو أقل من الكر كما سمى، وذلك مجهول؛ لأنه لا يدرى أن المشترى أقل من الكر بقفيز أو قفيزين، وهذه الجهالة تفضى إلى المنازعة.

١٢٠٧١ - وكذلك إذا قال على أنها أكثر من كر، فوجدها أكثر من الكر بقليل، أو كثير، فالبيع جائز، إلا رواية عن أبى يوسف رواها المعلى؛ لأنه وجدها على شرطه، والبيع يتناول جميعها، وإن وجدها أقل من كر، أو كرًا، فالبيع فاسد؛ لأنه لابد من إسقاط حصة النقصان من الثمن، وذلك غير معلوم، وبسببه تقع المنازعة.

ولو قال: على أنها كرٌ، أو أقل من كر، فوجدها كرًا، أو أقل من كر [فهو جائز، ولو وجدها أكثر من كر، فكذلك البيع جائز؛ لأنه يصير مشتريًا كرا من صبرة، وذلك جائز][٢]، ولزم المشترى كر بجميع الثمن، والزيادة على الكر للبائع؛ لأنه لم يدخل تحت البيع.

ولو قال: على أنها كر أو أكثر، فالبيع جائز، وجدها أكثر منه أو أقل، غير أنه إن وجدها كرا أو أكثر فذلك سالم للمشترى بجميع الثمن، ولا خيار له، وإن وجدها أنقص، فالمشترى بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن لو قسم [الثمن] على كر تام، وإن شاء ترك، والوجه فى ذلك أن البائع أدخل كلمة "أو" بين مقدارين، وكان المراد أحدهما، فإذا وجده أنقص من كر لم يوجد واحد من المقدارين حتى يتعين مرادًا لابد لنا من إثبات أحد المقدارين، أما الكر أو الأكثر، فنقول إثبات الكر أولى من إثبات أكثر من الكر؛ لأن فى إثبات الكر تجويز العقد، فإذا اشترى من آخر حنطة على أنها كر، فوجدها أقل من الكر يجوز، وفى إثبات الأكثر إفساد العقد، فإن من اشترى من آخر حنطة على أنها أكثر من الكر، فوجدها أقل من الكر يفسد العقد، والعقد متى احتمل الصحة والفساد، يحمل على وجه الصحة، فأثبتنا المقدار الذى فيه تجويز العقد، وهو الكر، وصار كأنه اشتراها على أنها كر، فوجدها أقل، وهناك يقسم الثمن على الفائت والقائم، فكذا ههنا، هذه الجملة فى المأذون الكبير فى باب بيع الكيل والوزن، ولم يذكر ما إذا اشتراها على أنها كر، وينبغى أن يجوز البيع، سواء وجدها أكثر أو أقل من الكر، أو أكثر غير أنه إذا وجدها كرا، لزم ما اشترى ذلك من غير خيار، وإذا

---

(١) وفى "ظ": وإن وجدها كرا أو أكثر.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وجدها أكثر من الكر، لزم المشترى [إن شاء أخذ الموجود بحصة] قدر الكر من غير خيار، ويرد الزيادة، وإذا وجدها أنقص، يتخير المشترى، إن شاء أخذ الموجود بحصته، وإن شاء تركه.

١٢٠٧٢- وعلى قياس هذه المسألة يخرج ما إذا اشترى عنبًا معينًا فى كرم معين على أنه كذا منا، فوجده كذلك، أو أقل، أو أكثر، ومسألة فى العدديات المتقاربة، والجواب فيها كالجواب فى المكيل والموزون؛ لأن العدديات المتقاربة ألحقت بالمكيل والموزون فى ضمان الاستهلاك حتى ضمن مستهلكها المثل من جنسها، ومسألة فى العدديات المتفاوتة[1] التى لا يضمن مستهلكها المثل من جنسها، كالأغنام، والثياب.

١٢٠٧٣- وصورتها: رجل اشترى عدل زطى على أنه خمسون [ثوبًا، أو اشترى قطيعًا من الغنم على أنه خمسون][2] بكذا، فوجدها زائدًا، بأن وجد إحدى وخمسين، أو وجدها ناقصًا، بأن وجدها تسعة وأربعين، فإن وجدها زائدًا، فالبيع فاسد، سمى لكل واحد ثمنًا على حدة، بأن قال: كل ثوب بكذا، أو لم يسمّ؛ لأن المبيع مجهول جهالة توقعهما فى المنازعة؛ لأن المبيع خمسون ثوبًا، فما زاد على ذلك يجب رده على البائع، ولا يدرى أى ثوب يرد على البائع، وإذا كان المردود مجهولا، كان المبيع مجهولا، وإن وجدها أنقص من ذلك إن لم يسم لكل ثوب ثمنًا، فالبيع فاسد؛ لأن الثمن مجهول؛ لأن حصة الذاهب مجهول، وجهالة حصة الذاهب توجب جهالة حصة الباقى، وهذا لأنه إذا لم يسم لكل واحد ثمنًا، فالثمن ينقسم باعتبار القيم، ولا يدرى قيمة الذاهب بيقين؛ لأنه لا يدرى أنه كان جيدًا أو وسطًا، أو رديئًا، فكان حصة الذاهب مجهولة، والتقريب ما ذكرنا.

فأما إذا سمى لكل واحد ثمنًا، بأن قال: كل ثوب مثلا بعشرة، كان البيع جائزًا فى الثياب الموجودة، وهى تسعة وأربعون؛ لأن المبيع معلوم، والثمن كذلك، أكثر مشايخنا على أن ما ذكر فى الكتاب أن البيع جائز فى الثياب الموجودة قولهما، أما على قول أبى حنيفة، فالعقد فاسد فى الكل؛ لأن العقد فسد فى البعض بمفسد مقارن، وهو العدم، والأصل عند أبى حنيفة: أن العقد متى فسد فى البعض بمفسد مقارن للعقد، يفسد فى الباقى، وكان أبو الحسن قاضى الحرمين يروى عن أبى حنيفة أن العقد فاسد فى الكل فى هذا الفصل، وقد ذكر محمد فى "الجامع" مسألة تدل على هذا.

وصورتها: رجل اشترى ثوبين على أنهما هرويان، كل ثوب بعشرة، فإذا أحدهما

---

(١) هكذا فى "م" و "ظ"، وفى الأصل والنسخة "ف": المتقاربة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما قد أثبتت هذه العبارة من جيمع النسخ التى عندنا.

هروى، والآخر مروى، ذكر أن البيع فاسد فى الهروى والمروى جميعًا عند أبى حنيفة، وعندهما يجوز فى الهروى، والفائت فى مسألة "الجامع" الصفة لا أصل الثوب، فإذا كان فوات الصفة فى أحد البدلين يوجب فساد العقد فى الكل على مذهب أبى حنيفة، ففوات أحدهما من الأصل لا يوجب فساد العقد فى الكل عنده أولى، وبعض مشايخنا قالوا: لا، بل ما ذكر من الجواب قول الكل، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى، قال شمس الأئمة الحلوانى: الصحيح عندى أن على قول أبى حنيفة: يفسد العقد فى الكل.

١٢٠٧٤ - قال محمد رحمه الله: وعلى هذا إذا اشترى حنطة على أنها كر، فوجدها تنقص قفيزًا، يفسد العقد فى الباقى عند أبى حنيفة، وهو الصحيح، قال: وعلى هذا إذا اشترى مائة جوزة، كل جوزة بفلس، فوجد بعض الجوز خاويا، فإن العقد لا يجوز فى الخاوى، ويتعدى الفساد إلى الباقى عند أبى حنيفة، ثم إذا جاز البيع فى الثياب الموجودة ذكر أن المشترى بالخيار، إن شاء أخذ كل ثوب بما سمى، وإن شاء ترك، وذلك لأن الصفقة تفرقت على المشترى قبل التمام، وإنه يوجب الخيار.

وذكر فى "النوادر": أن من اشترى من آخر ثوبًا على أنه عشرة أذرع، كل ذراع بدرهم، فوجده عشرة ونصفًا، فعلى قول أبى حنيفة: إن وجده عشرة ونصفًا، يأخذ بعشرة، ويسلم له نصف ذراع مجانًا من غير خيار، وإن وجده تسعة ونصفًا، يأخذ بتسعة دراهم إن شاء، وإن شاء رده.

وقال [أبو يوسف: إن وجده عشرة ونصفًا، أخذه بأحد عشر درهمًا إن شاء، وإن شاء ردّه، وإن وجده تسعةونصفًا، أخذه بعشرة دراهم إن شاء، وإن زاد، وقال][1] محمد رحمه الله: إن وجده عشرة ونصفًا أخذه بعشرة ونصف إن شاء، وإن وجده ونصف، أخذه بتسعة ونصف، وما قاله محمد: ظاهر؛ لأنه من ضرورة مقابلة كل درهم بكل ذراع مقابلة نصف درهم بنصف ذراع، وأبو يوسف يقول: لما صح الشرط صار كل ذراع فى حكم المقابلة كثوب على حدة بيع على أنه ذراع، فإذا وجده أنقص لا يسقط شىء من الثمن، ولكن يثبت الخيار، كذا ههنا، وما قاله أبو حنيفة أصح؛ لأن الذراع أو ما دونه فى حكم الصفة على ما مر.

وإنما يعتبر أصلا بقضية مقابلة الثمن [به بمقابلة] والمقابلة مقدرة بذراع، فإذا عدم الذراع لم يثبت جهة الأصالة، فبقيت العبرة لكونها صفة، فصار زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة صفة الجودة، فيسلم له من غير شىء، وصار نقصان نصف ذراع بمنزلة تسعة أذرع[جيدة]، فيتخير.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتت هذه العبارة من "م"، ومن بعضها من "ظ".

ومن المتأخرين من قال : ما ذكر من الجواب في الكتاب في فصل الثوب في القميص والسراويل والعمائم والأقبية ، أما إذا اشترى كرباسًا لا يتفاوت [جوانبها] على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم ، فإذا هو إحدى عشرة ، لا يسلم له الزيادة ؛ لأن هذا الكرباس في معنى الموزون والمكيل ، وإن كان متصلا بعضها ببعض ، لكن ليس في الفصل ضرر ، فيصير بمنزلة أشياء حقيقة ، كالموزون ، لما كان لا يتمكن فيه العيب بتميز البعض عن البعض ، اعتبر كل قفيز أصلا ، فكذا ههنا ، وعلى هذا إذا باع ذراعًا من الكرباس ، ولم يعين موضعه ، يجوز ، كما في الحنطة إذا باع قفيزًا منها .

١٢٠٧٥- قال محمد في "الجامع" : إذا اشترى الرجل من غيره زق زيت بمائة درهم على أن له الزق وما فيه من الزيت على أن وزن ذلك كله مائة رطل ، فوزن ذلك ، فوجد كله تسعين رطلا ، الزق من ذلك عشرون رطلا ، والزيت سبعون ، فإن النقصان من الزيت خاصة ، فيقسم الثمن على قيمة الظرف وعلى قيمة ثمانين رطلا من زيت ، فما أصاب الزيت يطرح ثمنه ، ويجب الباقي ، فكان للمشتري الخيار فيما بقي ، إن شاء أخذ بما قلنا ، وإن شاء ترك ، فقد جعل النقصان من الزيت خاصة ، وعلل في الكتاب ، فقال : لأن الزيت مما يزيد وينقص ، والزق مما لا يزيد ولا ينقص ، ومعنى هذا الكلام أن الزيت لما كان يزيد وينقص ، ولو صرفنا النقصان إلى الزيت احتمل كلامه الصدق بأن يجعل كأن الزيت وقت البيع كان ثمانين رطلا ، والزق عشرين ، فجملته مائة ، ثم انتقص من الزيت عشرة أرطال قبل القبض ، أما لو صرفنا النقصان إلى الزق أنه لا يحتمل الزيادة والنقصان ، لا يمكن حمل كلامه على الصدق ، أو لا يمكن أن يجعل كأن الزق ثمانون رطلا ، فصار عشرين ، فصرفنا النقصان إلى الزق حملا لكلامهما على الصحة .

وقال أكثر مشايخنا : ينبغي أن يفسد العقد في الكل عند أبي حنيفة ، وقيل : لا يفسد عنده أيضًا ، وقد مر ذلك من قبل .

وإن وجد المشتري الزق ستين رطلا ، والزيت أربعين رطلا ، فإن كان الزق لايبلغ القدر في مبايعات الناس [كان للمشتري الخيار ، إن شاء أخذ الكل بكل الثمن ، وإن شاء ترك ، لأن الزق إذا لم يبلغ ذلك المقدار في مبايعات الناس][1] يتمكن الخلل في الرضا ، فيثبت له الخيار لتمكن الخلل في الرضا ، وإن وجد المشتري الزق بمائة رطل ، والزيت خمسين رطلا ، كان البيع فاسدًا ؛ لأنه باع الزق مع ما يكمله مائة رطل من الزيت ، وذلك الزيت معدومًا عند كون الزق

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبتت هذه العبارة من النسخة "ظ" .

مائة، وهذا الجواب لا يشكل على قول أبى حنيفة؛ لأن عنده فساد العقد فى البعض بمفسد مقارن يوجب فساد العقد فيما بقى، وإنما يشكل على قولهما، والوجه لهما أنه لما قابل الثمن بالزق، وبما يكمله مائة رطل من الزيت، لابد وأن يضم إلى الزق شيء من الزيت، لا لإدخاله فى العقد، ولكن ليقسم الثمن عليهما، حتى تظهر حصة الزق، والقليل يصلح [لذلك والكثير يصلح] أيضًا، وليس البعض أولى من البعض، فكان ثمن الزق مجهولا، وجهالة الثمن توجب فساد العقد.

ولو وجد وزن الزق عشرين رطلا، ووزن الزيت مائة رطلا، لزم المشترى الزق وثمانون رطلا من الزيت بجميع الثمن، ويرد الباقى على البائع؛ لأنه اشترى الزق وقدر ما يكمله مائة رطل من الزيت، وذلك قدر ثمانون [رطلا] والوزن فى الزيت معتبر، وكانت الزيادة على مال البائع، فيرد عليه، كما لو اشترى الزيت وحده على أنه ثمانون رطلا، فوجده مائة رطلا.

وكذلك لو كان الزق على حدة [والزيت على حدة] فاشتراهما جملة كان الجواب كما قلنا؛ لأنا صرفنا الزيادة والنقصان إلى الزيت للمعنى [الذى ذكرنا]، وذلك المعنى لا يتفاوت بينما إذا كان الظرف، وعاء لما ضم إليه من الزيت، أو لم يكن.

١٢٠٧٦- ولو اشترى زيتًا فى ظرف، وسمنًا فى ظرف آخر، فاشتراهما بغير ظرف على أن يكون ذلك كله مائة رطل، فوجد السمن أربعين رطلا، والزيت ستين، فإنه يرد من الزيت على البائع عشرة أرطال، ويطرح من ثمن السمن مقدار عشرة أرطال من السمن، وإنما كان هكذا لأنه أضاف الوزن إليهما، وكل واحد منهما يحتمل[١] الزيادة والنقصان، وانقسم عليهما نصفين، فإذا وجد أحدهما أزيد، والآخر أنقص، رد الفضل، وسقط حصة النقصان من الآخر، بخلاف المسألة الأولى، فإن الوزن وإن أضيف الزق والزيت إلى أن أحدهما قابل لا للزيادة والنقصان، وهو الزيت، والوزن فيه معتير [والآخر وهو الزق لا يقبل الزيادة والنقصان، والوزن فيه غير معتبر][٢]، كان صرف النقصان إلى ما يحتمله، وهو موزون حكمًا أولى.

وكذلك إذا اشترى حنطة فى جوالق، وشعيرًا فى جوالق آخر بغير الآخر على أن الكل مائة منّ، فهو على هذا، وكذلك إذا أضاف المائة إلى ثلاثة أصناف من المكيلات، دخل العقد من كل صنف ثلث المائة؛ لما قلنا.

---

(١) وفى "م": بمثل بدلا من يحتمل.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من "م".

نوع آخر
فى بيع الأشياء المتصلة بغيرها والبيوع التى فيها استثناء:

١٢٠٧٧- قال محمد: ولا يجوز شراء ألبان الغنم فى ضروعها كيلا ومجازفة بدراهم، أو غير ذلك، إن كان مجازفة فلوجهين: أحدهما: أن فيه غررًا، فإنه لايدرى ما فى الضروع أنه لبن، أو دم، أو ريح، والثانى: أن البيع يتناول اللبن الموجود حالة العقد، لا ما يحدث؛ لأنه يحدث ساعة فساعة، فما يحدث بعد البيع يختلط بالمبيع خلطًا لا يمكن تميزه، فيصير قدر المبيع مجهولا جهالة تفضى إلى المنازعة، وإن باعه مكايلة فللمعنى الأول.

وكذلك لا يجوز بيع الولد فى البطن؛ لأن فيه غررًا، فإنه لا يدرى أن ما فى البطن ريح أو ولد، وكذلك لا يدرى أنه حى أو ميت.

١٢٠٧٨- ولو باع الحنطة فى سنبلها جاز، بخلاف الولد فى البطن، واللبن فى الضرع، ولا فرق بينهما من حيث الصورة؛ لأن وجود الحنطة فى السنبل ثابت من حيث الظاهر إذا لم يكن بالسنبل آفة، وكذلك وجود الولد فى البطن، ووجود اللبن فى الضرع ثابت من حيث الظاهر إذا لم يكن الانتفاخ لعلة، وإنما جاز الفرق؛ لأن فى الموضعين الموجود وإن كان ثابتًا، إلا أنه بعد ما ثبت الوجود من حيث الظاهر تمكن فى الولد واللبن غرر آخر، وهو الغرر فى كونه مالا، فإنه لا يدرى أن الذى فى البطن حى أو ميت، ولا يدرى أن فى الضرع لبن أو دم، وفى السنبلة متى ثبت الوجود من حيث الظاهر، ولا يتمكن الغرر فى كونه مالا أو غير مال؛ لأن الحنطة على أى صفة كانت مالا.

هذا إذا باع حنطة فى سنبلها، فأما إذا باع حنطة مكايلة، وله حنطة فى سنبلها جاز البيع أيضًا؛ لأن الحنطة موجودة فى ملكه.

١٢٠٧٩- ولو اشترى من تلك الحنطة قبل الكدس لا يجوز، وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز؛ لأن فيه غررًا، إلا أنه يحدث ساعة فساعة، وما يحدث ملك البائع، فيختلط المبيع بغير المبيع على وجه يتعذر التميز، ولا يدرى قدر ما دخل تحت [العقد] فيصير المعقود عليه مجهولا، بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر من الجواب قول محمد، أما على قول أبى يوسف: ينبغى أن يجوز البيع على قياس مسألة ذكرها فى كتاب الصلح.

١٢٠٨٠- وصورتها: إذا ادعى رجل فى يد رجل [غنمًا] فصالح من فى يديه الأغنام على صوف على ظهرها، جاز الصلح عند أبى يوسف، خلافًا لمحمد، ومنهم من قال: ما ذكر من الجواب فى البيع قول الكل، وسيأتى بعد هذا عن أبى يوسف ما يدل على صحة هذا

القول، وهذا القائل يحتاج إلى الفرق لأبى يوسف بين مسألة البيع وبين مسألة الصلح، والفرق أن طريق جواز الصلح فى تلك المسألة استيفاء بعض الحق، وترك البعض، فأمكن تجويزه بهذا الطريق؛ لأن الصلح يجوز [بدون الحق] وإنما يتحقق التجويز بدون الحق باستيفاء البعض، وترك البعض [فأما البيع] فتمليك مبتدأ، والصوف على ظهر الغنم لا يقبل التمليك ابتداء، وقد ذكرنا قبل هذا أن بيع شاة على ظهرها صوف بصوف منفصل بطريق الاعتبار جائز بلا خلاف، وبدون الاعتبار على الخلاف عند بعض المشايخ، وأما قوائم الخلاف، وسعف النخل اختلف المشايخ فيه، منهم من لم يجوز بيعه، ومنهم من جوز بيعه، وذكر أبو الحسن الكرخى فى كتابه جوازه، وروى الحسن بن زياد عن أصحابنا جوازه، ومن لم يجوز من المشايخ اختلفوا فيما بينهم فى العلة، بعضهم قالوا: لأنه يزيد ساعة فساعة، فيختلط المبيع بغير المبيع على وجه يتعذر تميزه، فكان نظير بيع الصوف على ظهر الغنم، وبعضهم قالوا: لأن موضع القطع مجهول، ومن جوز بيعه من المشايخ يجيب عن الأول، ويقول: بأن القوائم تزيد من الأعلى، ألا ترى أنا جعلنا على موضع القطع علامة، فإذا مضى زمان، فالعلامة لا تعلو، بل تبقى فى موضعه، فتكون الزيادة حاصلة من ملك المشترى، بخلاف الصوف؛ لأن الصوف ينمو عن أسفله، ألا ترى أنك إذا خضبت أسفله ومضى زمان، فالخضاب يعلو، فالزيادة إنما تحدث من ملك البائع، فيكون للبائع، وقد اختلط المبيع، ولايدرى قدره، فيصير قدر المبيع مجهولا، ويجيب عن الثانى، ويقول: إن كان موضع القطع مجهولا، فهذه جهالة لا توقعها فى المنازعة.

١٢٠٨١- وإذا باع الصوف على ظهر الشاة، ثم إن البائع جزّ الصوف، واختار المشترى أخذهما بالمبيع، روى البشر عن أبى يوسف: أنه ليس له ذلك، إلا أن يستقبلا البيع عن تراض منهما، وروى هشام عن محمد هذه المسألة بعبارة أخرى، فقال: إن نتفه[1] البائع، ودفعه إلى المشترى، لم يجز.

١٢٠٨٢- ولا يجوز بيع اللؤلؤ فى الصدف، وروى عن أبى يوسف أنه يجوز؛ لأن الصدف لا ينتفع به إلا بالشق، فأمكن تسليم المعقود عليه من غير ضرر، وجه ظاهر الرواية أنه لا يمكن تسليم المعقود عليه إلا بالشق، والشق شىء زائد لم يوجبه العقد.

١٢٠٨٣- وإذا باع حب قطن فى قطنه بعينه، أو باع نوى تمر فى تمر، لا يجوز، وأشار أبو يوسف إلى الفرق بين هذا وبينما إذا باع الحنطة فى سنبلها، فقال: لأن الغالب فى السنبل

---

(١) هكذا فى النسختين: "ظ" و"ف"، وكان فى الأصل: سبقه.

الحنطة، ألا ترى أنك تقول : هذه حنطة، وهى فى سنبلها، ولاتقول : هذا حب وهو فى القطن، وإنما تقول : هذا قطن، وكذلك فى التمر.

١٢٠٨٤ - وفى "نوادر هشام" عن محمد : إذا باع البذر الذى فى البطيخ ممن يريد البذر، ورضى صاحب البطيخ أن يقطع له البطيخ، فالبيع باطل، وكذا إذا باع السمسم، وزيت الزيتون، لا يجوز، فإن سلم البائع ذلك لم يجز، هكذا ذكر القدورى فى شرحه.

١٢٠٨٥ - قال : ولا يشبه هذا الجذع فى السقف، يريد به أن من باع الجذع فى السقف لا يجوز، ولو نزعه البائع وسلمه إلى المشترى، جاز البيع، والفرق أن الجذع غير مال فى نفسه، وإنما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض، إلا أنه عد عاجزاً عن التسليم حكمًا، لما فيه من إفساد بناء غير [مستحق بالعقد]، وفيه ضرر، فإذا قلع، والتزم الضرر، زال المانع، فأما جل السمسم، وزيت الزيتون، فهو معدوم، فلايكون محلا للبيع، وبذر البطيخ والنوى فى التمر وإن كان موجوداً إلا أنه متصل به إتصال خلقة، فكان تابعًا له، وكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليًا، إلا أنه اعتبر عاجزاً حكمًا لما فيه من إفساد شىء غير مستحق للعقد.

١٢٠٨٦ - وفى "نوادر ابن سماعة" : قال : سألت محمداً عمن باع فصا فى خاتم أو جذعًا فى سقف، وذلك لا ينزع إلا بضرر، أيملكه المشترى، أو هو موقوف؟ [قال : هو موقوف] لا يملكه المشترى ما دام للبائع فيه خيار، إن شاء [سلمه] وإن شاء لم يسلم، أشار إلى ما قبل القلع، فإذا صار بحال لا يقدر البائع فيه على الامتناع من دفعه ملكه المشترى، فإن لم يخاصم المشترى فى ذلك حتى باع البائع الخاتم بأسره، أو باع البيت بأسره من إنسان آخر، ودفعه إليه، قال محمد : يقع بيع البائع ثانيًا ينقض بيعه أولا، قلت : أرأيت إن باعنى رجل فصًا فى خاتم، أو مسماراً فى باب، أو جذعًا فى سقف، ثم دفع إلى الخاتم بأسره، أو دفع الباب، أو البيت بأسره، فهلك فى يدى، قال محمد : القياس أن لا يكون قابضًا لما اشتريت، ويهلك من مال البائع، ولا أعلمه إلا قول أبى يوسف أنه لا يكون قابضًا حتى يدفعه إليه مفصولا مخلّصًا.

وذكر فى "المنتقى" أصلا فى هذه المسائل : فقال : كل شىء كنت أجبر البائع على دفعه إلى المشترى، فقبضه على ذلك البيع، فضاع لزمه، وكل ما لم أجبره على دفعه إلى المشترى، فدفعه إليه لا يكون [قابضًا] فلا ضمان عليه إذا هلك.

بيان مسألتنا هذه إذا كان الفص لا ينزع إلا بضرر لا يجبر البائع على دفعه إليه، فإذا دفعه إليه مع الحلقة، ثم ضاع من يده، فقد لزمه البيع، وعليه ثمنه، فلا ضمان عليه فى

الحلقة، وكذلك في أجناسه.

قال ابن سماعة: قلت لمحمد: أرأيت إن اغتصب جذعًا، فسقف به بيتًا، أو اغتصب أجرا، فبنيت به دارًا، أو اغتصبت مسمارًا، فجعلته في باب، ثم إني بعت البيت والباب والدار، يجوز البيع في ذلك، وإذا علم المشترى بذلك، أيكون له الخيار في رد الدار والبيت والباب؟ قال: البيع جائز، وليس للمشترى فيه خيار؛ لأن المغصوب منه لا يقدر على أخذ ذلك.

١٢٠٨٧- وروى إبراهيم عن محمد: في رجل إذا نظر إلى ألف من قطن، فقال: قد اشتريت منه حليج هذا القطن [بمائة] منّ، قال: هذا فاسد، وعنه أيضًا: فيمن اشترى ذراعًا من خشبة، أو من ثوب من جانب معلوم، أن البيع فاسد، ، فإن قطعه، وسلمه إلى المشترى، لم يكن للمشترى أن يمتنع من قبوله، وله أن يفسخ البيع قبل أن يسلم إليه البائع، وروى عن أبي يوسف في هذه الصورة: أن البيع جائز، والمشترى بالخيار إذا قطع البائع ذلك له، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه.

١٢٠٨٨- وعن محمد رواية ابن سماعة: إذا اشترى الرجل من آخر نصف الثوب من أحد الطرفين، أو نصف الخشبة من هذا الرأس أنه فاسد، فإن قطعه البائع، فهو جائز، ويدفعه إلى المشترى، وله أن يمتنع.

١٢٠٨٩- قال هشام: قلت لمحمد: ولو كان لرجل شاة مذبوحة، فاشترى رجل كروشها، أو مسلوخها، فهو جائز، والسلخ وإخراجه على البائع، وللمشترى الخيار إذا رآه، ولو كانت بطيخة مكسورة كانت بمنزلة الشاة المذبوحة، يجوز بيع بذرها.

١٢٠٩٠- وفي "الأصل": إذا اشترى من آخر كذا قفزانًا بعينه من هذه الصبرة، لايعرف قدره، بأن قال: اشتريت منك من هذه الصبرة بهذا الزنبيل، ولا يعرف كم يسع في الزنبيل، أو قال بوزن هذا الحجر، ولا يعرف وزن الحجر، جاز يدًا بيد، شرط في "الأصل": أن يكون يدًا بيد، وفي "القدوري": لم يشترط ذلك، وجعل الجواز جواب المشهور من الرواية.

١٢٠٩١- وفي "المنتقى": رجل اشترى من آخر طعامًا على أن يكيله بزنبيل، أو إناء يشبه الزنبيل ليس بمكيال، فقال: اشتريت منك ملأ هذا الإناء من هذه الصبرة بكذا أن ذلك لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، و هذا الإناء لا يعرف ملأه كما يعرف المكيال، فليس هذا بمكايلة، ولا مجازفة، معناه ليس هذا ببيع مكايلة، ولابيع مجازفة، قال ثمه: وكذلك إذا اشترى شيئًا بوزن، واشترط وزن صخرة، أو حجر لا يعرف وزنه، فهو مثل هذا الإناء، ثم

رجع أبو يوسف عن هذا، وقال: إذا كان الإناء لا يتسع إذا حشى فيه الشيء الذى يكال به، أنه يجوز.

١٢٠٩٢- وروى إبراهيم عن محمد عن محمد: إذا اشترى ملأ هذا الجراب بدرهم لم يجز؛ لأن الجراب مما يتّسع ويضيق، وكذلك الزنبيل، قال: إلا أن يكون الزنبيل نقيرًا يابسًا لا يتسع، فيجوز البيع به، وقيل: ما ذكر فى "الأصل"، وفى "القدورى": محمول على ما إذا كان الإناء من خذف أو حديد أو خشب، أو ما أشبه ذلك مما لا يحتمل الزيادة والنقصان [أما إذا كان مما يحتمل الزيادة والنقصان][(1)] كالزنبيل والجوالق والغرارة لا يجوز البيع.

مسائل الاستثناء ذكر القدورى فى شرحه: إذا باع جملة، واستثنى منه شيئًا، فإن استثنى ما جاز إفرازه بالعقد، جاز الاستثناء نحو أن يستثنى جزءً مشاعًا، وإن استثنى لا يجوز إفرازه بالعقد، لا يصح استثناءه، كما لو استثنى عضواً من الشاة، وهذا لأن الاستثناء استخراج بعض ما يتناوله الكلام فى حق الحكم، فإنما يصح فى محل يمكن إثبات حكم الكلام فيه مقصوداً.

١٢٠٩٣- ذكر ابن سماعة فى "نوادره" عن محمد: إذا قال لغيره: أبيعك هذه الدار إلا طريقًا فيها من هذا الموضع إلى باب الدار، ووصف طوله وعرضه، وشرط ذلك لنفسه، أو لغيره، فالبيع جائز، والثمن الذى سمى كله ثمن ما بقى من الدار سوى الطريق؛ لأن هذا شيء استثناء من البيع، ولا حصة له فى الثمن، قال ثمه: ألا ترى أن من قال لآخر: أبيعك هذا العبد على أن لى ربع، فقبل المشترى البيع، كان له ثلاثة أرباع العبد بثلاثة أرباع الثمن، ولو قال فى بيع الدار على أن للبائع فيها طريقًا، ووصف طوله وعرضه، لا يجوز، ذكر هذا الفصل فى "العيون"، وفيه أيضًا: إذا قال لغيره: أبيعك هذا الدار بعشرة آلاف درهم على أن لى هذا البيت، فالبيع فاسد، ولو قال: إلا هذا البيت جاز البيع بجميع الثمن.

١٢٠٩٤- وذكر شمس الأئمة فى "شرح كتاب القسمة": أن بيع رقبة الطريق على أن يكون للبائع حق المرور فيه جائز، بخلاف بيع حق المرور بانفراده فى رواية، فإنه لايجوز، وبيع السفل على أن يكون للبائع حق قرار العلو جائز.

١٢٠٩٥- وفى "الأمالى" عن محمد رحمه الله: إذا قال الرجل: بعتك هذا العبد بألف درهم إلا نصفه بخمسائة درهم، فالبيع جائز فى جميع العبد بألف وخمسمائة، ولو قال: إلا نصفه بمائة درهم، فالعبد كله للمشترى بألف درهم ومائة درهم.

١٢٠٩٦- الحسن بن زياد فى "كتاب الاختلاف" عن أبى يوسف وزفر رحمهما الله: إذا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"م".

قال لغيره : بعتك هذه الدار بألف درهم إلا مائة ذراع ، فالبيع فاسد فى قول أبى حنيفة رحمه الله .

وفى قول أبى يوسف رحمه الله : البيع جائز ، فالمشترى بالخيار إذا علم ذراع الدار ، فإن شاء كان البائع شريكا معه فى الدار بالمائة الذراع ، وإن شاء ترك .

١٢٠٩٧- ولو قال : أبيعك هذا الطعام بألف إلا عشرة أقفزة منها ، فالبيع فاسد فى قول أبى حنيفة رحمه الله .

وقال أبو يوسف رحمه الله : البيع جائز ، والمشترى بالخيار إذا عزل منه العشرة الأقفزة ، فإن شاء أخذ ما بقى مما سمى من الثمن ، وإن شاء ترك .

١٢٠٩٨- وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله : إذا قال لغيره : أبيعك هذه المائة الشاة بمائة درهم على هذه الشاة بشاة بعينها لى ، فالبيع فاسد ، وكذلك لو قال : ولى هذه الشاة ، ولو قال : لا هذه الشاة كان ما بقى بمائة درهم صح .

ولو قال : هذه المائة لك بمائة درهم إلا نصفها ، فإن النصف بمائة درهم ، ولو قال : ولى نصفها ، كان النصف بخمسين درهمًا .

١٢٠٩٩- وفى "الأمالى" عن محمد رحمه الله : إذا قال له : بعتك[1] هذا العبد بألف درهم على أن لى نصفه [بثلاثمائة درهم ، أو بست مائة درهم ، أو قال : بثلث الثمن ، أو قال : بمائة دينار ، فالبيع فاسد فى هذا كله ، وهذا بمنزلة رجل قال لغيره : بعتك هذا العبد بألف درهم على أن لى نصفه][2] بيعًا منك بثلاثمائة درهم ، أو بمائة دينار ، فإنه فاسد [لأنه صفقة شرطت فى صفقة][3] .

١٢١٠٠- ولو قال : بعتك هذين العبدين بألف درهم على أن لى هذا بنصف الثمن ، أو قال : بخمسمائة درهم ، أو قال : بمائة دينار ، أو قال بحصة من الثمن ، فالبيع [فاسد فى هذا كله ، ولو قال : بعتك هذا العبد على أن نصفه بثلاث مائة ، فالبيع][4] جائز فى جميع العبد ، ويكون نصفه بسبعمائة ، ونصفه بثلاث مائة [درهم ، وكذلك] لو قال : بعتك هذين العبدين

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين : "ظ" و "م" .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين : "ظ" و "م" .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م" .

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م" .

بألف درهم على أن هذا لك بثلاث مائة، أو قال: على أن هذا بثلاث مائة درهم، فالبيع جائز فيهما بألف درهم، والعبد الذى عينه بثلمائة [هو بثلاث مائة] والعبد الآخر بباقى الألف.

١٢١٠١- ولو قال: بعتك هذا العبد بألف درهم على أن نصفه بمائة دينار، أو قال: على أن نصفه لك بيعًا بمائة دينار، فالبيع جائز، ونصف العبد بنصف الألف، والنصف الذى استثنى بمائة دينار، وإنما هذا بمنزلة رجل قال لغيره: بعتك هذا العبد على أن نصفه مردود على [إذ][1] لا بيع فيه، والنصف[2] المردود بيع لك بمائة دينار.

ولو قال: بعتك هذين العبدين بألف درهم على أن هذا العبد بعينه منهما لك بمائة دينار، ففى قياس قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: البيع فيهما جميعًا باطل؛ لأن حصة الباقى من الألف مجهول، وقال محمد رحمه الله تعالى: يجوز البيع فى الذى [سمى] بمائة دينار، ولا يجوز البيع فى الآخر -والله أعلم-.

نوع آخر:

فى البيع على شيئين: أحدهما: لا يجوز البيع فيه إذا جمع عبدين فى البيع، ثم ظهر أن أحدهما حر، فإن لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن، فالعقد فاسد فى الكل بالإجماع، وإن بين حصة كل واحد منهما من الثمن، فكذلك الجواب عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: يفسد العقد فى الكل، وعندهما يجوز العقد فى القن.

وكذلك لو اشترى دنين من خل، ثم ظهر أن أحدهما خمر إن لم يبين حصة كل دن من الثمن، فالعقد فاسد فى الكل، وإن بين، فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يفسد العقد فى الكل، وعندهما يجوز العقد فى الخل.

١٢١٠٢- وكذلك إذا اشترى مسلوخين، ثم ظهر أن أحد المسلوخين ميتة، فهو على التفصيل، والخلاف الذى ذكرنا، فوجه قولهما: إن الفساد موجب المفسد، فيقدر بقدر المفسد، وأكد ذلك بمسائل:

منها: أنه إذا باع عبده وعبد غيره بألف درهم كل عبد بخمسمائة درهم، ولم يجز ذلك الغير البيع فى عبده، فإن البيع يجوز فى عبد البائع؛ لأن سبب الفساد وجد فى البعض، وهو الاستحقاق.

---

(١) هكذا فى نسخة "م"، وكان فى الأصل و"ظ": أى.

(٢) هكذا فى الأصل و"ظ"، وكان فى النسخة "م": والنصف الآخر بيع ذلك بمائة دينار.

١٢١٠٣- وإذا باع عبدين، وأحدهما مدبر، أو مكاتب، أو أم ولد، وسمى لكل واحد ثمنًا، فالبيع جائز فى القن.

١٢١٠٤- وإذا [اشترى جراب مروى على أن فيه خمسين ثوبًا كل ثوب بعشرة، فوجده تسعة وأربعين، جاز البيع فى تسعة وأربعين، وإذا اشترى][1] عبدين وقبض أحدهما، ولم يقبض الآخر، حتى باعهما جميعًا بألف على أن كل واحد بخمسمائة، جاز البيع فيما قبض، ولم يجز فيما لم يقبض.

١٢١٠٥- وكذلك إذا اشترى عبدًا بألف درهم، وقبض العبد، ولم ينقد الثمن حتى باعه مع عبد له آخر من البائع بألف درهم، كل واحد منهما بخمسمائة، فإنه يجوز البيع فى عبده، ولايجوز فى العبد الذى اشتراه؛ لأن سبب الفساد، وهو بيع ما اشترى بأقل مما اشترى قبل نقد الثمن، وجد فى البعض، ولا يلزم على ما قلنا: إذا لم يبين حصة كل واحد من العبدين حتى ظهر أن أحدهما حر، فإن العقد يفسد فى الكل؛ لأن سبب الفساد هناك وجد فى جميع العقد فى حصة العبد والحر جميعًا، أما فى حصة الحر، فظاهر، وأما فى [حق] العبد فلجهالة الحصة ابتداء؛ لأن الحر مع بدله غير داخل تحت العقد أصلا، بدليل أنه لو قبض الحر لا يملكه، ولابد له، وإنما دخل فى العقد العبد مع بدله لا غير، فيصير مشتريًا القن بما يخصه من الألف ابتداء لو قسم الألف عليه وعلى الحر، وجهالة الحصة ابتداء توجب فساد العقد، ألا ترى أن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد بما يخصه من الألف لو قسم الألف عليه وعلى هذا الحر، فإن البيع لا يجوز، وإنما لا يجوز لما قلنا، فأما إذا بين حصة كل واحد [منهما] فسبب الفساد وجد فى حق [الحر] لا غير؛ لأن سبب الفساد فى حق القن حالة الإجمال جهالة حصته من الثمن، والجهالة ترتفع عند بيان حصة كل واحد منهما، ولا يلزم بيع الدرهم بالدرهمين؛ لأن هناك سبب الفساد وجد فى حق الكل؛ لأن الدرهم الواحد قوبل بالدرهمين، فيجب قسمتها على الدرهمين، وإذا قسمناه على الدرهمين، يتمكن الربا فى الدرهمين جميعًا؛ لأنه يصير كل واحد منهما بنصف درهم.

١٢١٠٦- ولا يلزم إذا اشترى عبدًا بألف درهم ورطل من خمر، فإنه يفسد العقد فى جميع العبد فى حصة الألف والخمر جميعًا؛ لأن سبب الفساد هناك وجد فى جميع العبد، أما فى حصة الخمر فظاهر، وأما فى حصة الألف فلأن ما يخص الألف من العبد مجهول جهالة مقارنة من وجه إن كانت طارئة من وجه؛ لأن الخمر لا يدخل تخت العقد حتى لا يملك عينه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

بالعقد بحال من الأحوال، وإن اتصل القبض، ولكن بدله دخل تحت العقد، حتى ملك بدله بالقبض، فباعتبار البدل تكون الجهالة طارئة، وباعتبار العين تكون الجهالة مقارنة، والمقارنة توجب الفساد، والطارئة لا توجب، فرجحنا ما يوجب الفساد على ما يوجب الجواز احتياطًا، فقد وجد سبب الفساد فى جميع العبد.

ولأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن سبب الفساد فى هذه المسائل وجد فى جميع العقد، أما فى حصة الحر فظاهر، وأما فى حصة القن، فهو اشتراط الربا، بيانه: أن بدل الحر صار مشروطًا فى حصة القن من حيث المعنى؛ لأن الصفقة الواحدة واحدة، والصفقة الواحدة إذا أضيفت إلى شيئين موجودين، فقبول العقد فى كل واحد منهما يصير شرطًا لصحة القبول فى الآخر، حتى لو قبل المشترى العقد فى أحدهما لا يجوز، وإذا صار قبول العقد فى الحر شرطًا لقبول العقد فى القن من حيث المعنى، صار بدله مشروطًا فى حصة القن معنى، وبدل الحر ربا؛ لأنه مال متقوم شرط فى العقد من غير عوض أصلا؛ لأن الحر لا يصلح عن المال، فبقى بدله بغير عوض أصلا، فيكون ربا، وقد صار مشروطًا فى حصة القن غير مقابل بالقن، فيصير ربا، كما لو قال: بعتك هذا العبد بخمسمائة على أن يسلم لى خمسمائة أخرى بغير شىء.

١٢١٠٧- وأما إذا باع عبده وعبد غيره، قلنا: هناك لم يوجد سبب الفساد فى حصة عبده، وهو اشتراط الربا؛ لأن قبول المستحق مع بدله، وإن صار شرطًا فى عبده إلا أن بدله فى نفسه ليس بربا؛ لأنه مقابل بما يصلح عوضًا، وهو المستحق، والربا عبارة عن مال ملك بالبيع بغير عوض أصلا، وبعوض لا يصلح عوضًا عنه بوجه ما.

فإن قيل: فإن لم يوجد سبب الفساد فى حصة عبده من هذا الوجه وجد من وجه آخر، وهو جهالة الحصة؟

قلنا: ليس كذلك؛ لأن المستحق مع بدله دخل تحت العقد، وكان البدل فى الابتداء جميع المسمى، وهو ألف درهم، وأنه معلوم، وإنما يصير بالحصة بعد ذلك إذا لم يجده المستحق، فيكون جهالة طارئة من كل وجه.

١٢١٠٨- وإذا جمع بين عبدين، وأحدهما مكاتب، أو مدبر، أو أم ولد، قلنا: هناك لم يتمكن سبب الفساد فى حصة القن، وهو اشتراط الربا؛ لأن هؤلاء دخلوا فى العقد مع القن لقيام المالية [فيهم، وبدلهم] ملك بمقابلة ما يصلح عوضًا عنه، فإنه مقابل بالمال، فلا يكون ربا، بخلاف بدل الحر على ما مر.

وأما مسألة الجراب، فقد ذكرنا قبل هذا عن أبى حنيفة أن العقد فاسد فى الثياب

الموجودة عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه على رواية قاضى الحرمين، وهو اختيار شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى عنه، واستشهد بمسألة "الجامع"، ومن قال من المشايخ أن على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه يجوز البيع فى الثياب الموجودة، يفرق لأبى حنيفة رحمه الله تعالى بين مسألة "الجامع" وبين مسألة الجراب، ووجه الفرق أن الإضافة إلى الثوبين فى مسألة "الجامع" قد صحت لوجود المضاف [إليه] من حيث الحقيقة، وصار قبول العقد فى المروى شرطًا لقبول العقد فى الهروى، وصار بدله مشروطًا فى الهروى أيضًا، وبدله ربا؛ لأنه بدل معلوم معدوم، فإنه أشار وسمى المشار إليه من خلاف جنس المسمى، فتكون العبرة للمسمى، فالمسمى معدوم، وبدل المعدوم ربا كبدل الحر، فأما فى مسألة الجراب فالإضافة إلى الثوب الخمسين، ولم يصح أصلا؛ لأنه لابد لصحة الإضافة من مضاف إليه موجود، فإذا كان معدومًا لم تصح الإضافة أصلا، ولم يصر قبول العقد فى المعدوم شرطًا لقبول العقد فى الموجود، ولم يصر بدل المعدوم الذى هو ربا مشروطًا فى الموجود [فخلى] حصة الموجود عن شرط الربا، فإذا باع عبدين أحدهما مقبوض، والآخر غير مقبوض، ففى حق المقبوض لم يوجد اشتراط الربا؛ لأن بدل غير المقبوض من المبيع لا يكون ربا؛ لأن الربا عبارة عن فضل مال ملك بالبيع لا يقابله عوض، وقد قابله عوض.

وأما مسألة شراء ما باع بأقل مما باع، قلنا هناك لم يوجد سبب الفساد فى العبد الذى لم يسترد، وهو اشتراط الربا، لما ذكرنا أن الربا فضل مالى خالٍ عن العوض، ولم يوجد [هذا] فيما اشترى، وذكر أبو الحسن الكرخى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فيمن باع جارية فى عنقها طوق بألف درهم نسىء، أن البيع باطل فى الجميع فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الآخر، فجعل أبو الحسن رجوع أبى يوسف رحمه الله تعالى فى هذه المسألة رجوعًا فى جميع ما هو من هذا الجنس من المسائل.

١٢١٠٩- وإذا اشترى ضيعة وفيها قطعة من الوقف، كان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى يقول: البيع فاسد فى الوقف والملك، كما لو جمع بين عبد وحر، وكان القاضى الإمام ركن الإسلام أبو الحسن على السغدى رحمه الله تعالى يقول: البيع جائز فى الملك، كما لو جمع بين عبد ومدبر، ثم رجع شمس الأئمة إلى قول ركن الإسلام.

١٢١١٠- وفى "فتاوى أهل سمرقند": إذا باع كرما فيه مسجد قديم، وقد أطلق العقد، هل يفسد البيع فى الكرم، ينظر إن كان المسجد عامرًا، يفسد؛ لأن المسجد إذا كان عامرًا، لا يدخل تحت البيع بالإجماع، وإن كان الفساد قويًا [فيظهر] فى حق الباقى، كما لو جمع بين حر

وعبد، وإن كان المسجد خرابًا، لا يفسد العقد فى الباقى ؛ لأن فى دخول المسجد تحت البيع [فى هذه الصورة خلافًا ظاهرًا][1]، فعند بعض العلماء المسجد إذا خرب، واستغنى عنه أهله يعود إلى ملك البانى إن كان حيّا، وإلى ملك ورثته إن كان ميتًا، فلم يكن الفساد قويّا، فصار كما لو باع عبدًا، أو مدبرًا، والذى ذكرنا فى الوقف، وكذلك فى المقبرة.

١٢١١١- وإذا كان الأرض مشتركًا بين رجلين، باع أحدهما جميع الأرض من صاحبه، كان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله تعالى يقول بفساد البيع، وكذا كان يقول فيما إذا صالح المدعى عليه مع المدعى عن دعواه على دار مشترك بينهما، وكان يشير إلى المعنى أن ملك المشترى ليس بمحل للبيع فى حق المشترى، فكان بمنزلة ما لو جمع بين حر وعبد فى البيع، ولكن فيه نظر ؛ لأن نصيب المشترى محل للبيع فى الجملة، فيكون بمنزلة ما لو جمع بين مدبر وعبد، والدليل عليه أن رب المال إذا اشترى من المضارب شيئًا من مال المضاربة بعد ما ظهر من الربح، يجوز، وإن كان بعض المشترى ملك المشترى، وإذا كان الفساد بسبب الافتراق، لا لمعنى فى نفس العقد، فإنه يبطل بقدره خاصة، ذلك أن يسلم عشرة دراهم فى شىء، خمسة دين عليه، وخمسة نقد، وكذلك فى باب الصرف إذا قبض البعض دون البعض، فسد بقدر ما لم يقبض خاصة.

ولو اشترى عبدًا بخمسمائة نقد، وخمسمائة له على فلان، أو بخمسمائة إلى العطاء، فسد البيع فى الكل، ذكره القدورى فى شرحه.

١٢١١٢- وفى "المنتقى": رجل اشترى دارًا وطريقًا من طرق المسلمين محدودة معلومة، يعنى جمع بين الدار وبين طريق المسلمين فى البيع، فاستحق الطريق بعد ما قبضهما المشترى، فإن شاء المشترى رد الدار، وإن شاء أمسكها بحصتها إذا كان الطريق مختلطًا بالدار، فإن كان مميزًا لزمته الدار بحصتها من الثمن، ولم يكن له الخيار، وإن كان الطريق ليس بمحدود، ولا يعرف قدره، فسد البيع، ولو كان مكان الطريق مسجد خاص يجمع ما فيه، فالقول فيه مثل الطريق المعلوم، وإن كان مسجد جماعة، فسد البيع كله، هكذا ذكر فى بعض النسخ، وفى بعضها: وإن كان مسجد جامع، فسد البيع كله ؛ لأن بيع المسجد الجامع لا يجوز، ولا يحل، وكذلك إذا كان مهدومًا، أو أرضًا ساحة لابناء فيها بعد أن يكون الأصل مسجد جامع.

---

(١) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل و "ظ": بعد قوله تحت البيع: إذا خرب واستغنى عنه أهله خلاف، فعند بعض العلماء.

نوع آخر في شراء ما باع بأقل مما باع:

١٢١١٣- يجب أن يعلم أن شراء ما باع الرجل بنفسه، أو بيع له، بأن باع وكيله بأقل مما باع، ممن باع، أو ممن قام مقام البائع، كالوارث قبل نقد الثمن لا يجوز، إذا كان السلعة على حالها، لم ينتقض بعيب، وكذلك إن بقى عليه شيء من [ثمنه]، وإن قل، أما إذا اشترى ما باع بنفسه، فللحديث المعروف، ولأجل شبهة الربا؛ لأن بين ثمن الثاني وبين الثمن الأول شبهة المقابلة من حيث إن العقد الثاني أوجب تأكد الثمن الأول؛ لأن الثمن الأول كان بعرض السقوط بالرد [بالعيب]، وهذه العرضة تزول بالبيع الثاني، فهو معنى قولنا: أن البيع الثاني يوجب [تأكد الثمن الأول، وللمؤكد] حكم الموجب حتى إن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا ضمنوا نصف الصداق؛ لأنه كان بعرض السقوط بالفرقة الجائية من قبلها، فهم بإضافة الفرقة إلى الزوج، أزالوا تلك العرضة وأكدوه، فكانوا كالموجبين له، كذا ههنا.

وإذا ثبت أن البيع الثاني وكذا الثمن الأول، وللتأكيد حكم الإيجاب كان وجوب الثمن الأول مضافًا إلى العقد الثاني حكمًا، فصار العقد الثاني موجبا الثمن الأول حكمًا، والثمن الثاني حقيقة، فكان بينها شبهة المقابلة من حيث إن وجوبها مضاف إلى عقد واحد في حالة واحدة.

ولو ثبت بينهما حقيقة المقابلة كان ربا حقيقة، فإذا ثبت بينهما شبهة المقابلة، ثبت شبهة الربا، بخلاف ما بعد قبض الثمن؛ لأن هناك العقد الثاني ما أوجب تأكيد الثمن الأول؛ لأن الثمن الأول صار مؤكدًا بالقبض، ولم يبق له عرضة السقوط قبل العقد الثاني، فلم يكن العقد الثاني تأكيدًا له.

١٢١١٤- وأما إذا اشترى ما بيع له، بأن باع وكيله لا يجوز أيضًا، فقد جعل الموكل بائعًا ببيع الوكيل حتى لم يجز شراء ما باع وكيله بأمره بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وأبو حنيفة رضي الله تعالى عنه لم يجعل الموكل مشتريًا بشراء الوكيل، حتى قال: لو باع الرجل شيئًا بنفسه، ثم وكل رجلا بأن يشتري له ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، فاشتراه الوكيل، فإنه يجوز عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، خلافًا لهما، والفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن شراء الموكل منعقد ونافذ بدون التوكيل.

ولهذا لو اشترى بدون التوكيل، نفذ عليه، وصار الملك له، ، فلم يكن التوكيل محتاجًا إليه لانعقاد شراء الوكيل، ولا لنفاذه، فلم يكن شراء الوكيل مضافًا إلى الموكل، لا انعقادًا ولا

إنفاذا[1]، فلم يصر الموكل مشتريًا بشراء الوكيل أصلا، إلا أن بعد ما تم شراء الوكيل، ونفذ عليه، ينتقل الملك إلى الموكل بشراء حكمي ينعقد بينهما، فلأجل ذلك احتيج إلى التوكيل، فيصير الوكيل مشتريًا لنفسه، ثم بائعًا من الموكل حكمًا.

ولو اشتراه لنفسه حقيقة من غير توكيل، وباع حقيقة من البائع الأول جاز، فههنا كذلك، وأما بيع الوكيل لا ينفذ بدون التوكيل إن كان ينعقد بدون التوكيل، فكان التوكيل محتاجًا إليه لنفاذ بيعه، فصار بيعه مضافًا إلى الموكل إن لم يرجع إلى النفاذ، إن لم يصر مضافًا إليه فيما يرجع إلى الإنعقاد، فصار الموكل بائعًا ببيع الوكيل فيما يرجع إلى النفاذ، فإن اشترى بعد ذلك صار مشتريًا من وجه ما باع بأقل مما باع، فرجحنا جانب الفساد احتياطًا.

١٢١١٥ - وكذلك الجواب فيما إذا اشترى من وارث ما باع منه بأقل لا يجوز، فقد جعل المشترى من وارث من باع منه بمنزلة الشراء ممن باع منه، ولم يجعل محمد شراء وارث البائع الوارث بمنزلة شراء البائع، حتى لو قال: مات البائع، واشترى وارثه، ما باع بأقل مما باع جاز، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجوز فى الفصلين جميعًا؛ لأن وارث كل واحد منهما قائم مقامه، وجه الفرق لمحمد رحمه الله تعالى أن وارث البائع ما قام مقام البائع فى هذا الشراء بحكم الإرث؛ لأن هذا الشراء كان مملوكًا له حال حياة المورث، فلما لم يقم مقامه فى هذا الشراء بحكم الإرث، صار شراءه وشراء أجنبى آخر سواء، فأما وارث من بيع منه، وهو المشترى، قام مقام المشترى فى هذا البيع بحكم الإرث، فإنه كان لا يملك البيع حال حياة مورثه؛ لأنه ملك مورثه، ولما قام الوارث مقام المشترى فى بيع هذا العين بحكم الإرث، صار بيع الوارث وبيع المورث سواء، فكما لا يجوز بيع المشترى، فكذا لا يجوز بيع وارثه.

بعض مشايخنا قالوا: قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فيما إذا كان المشترى وارث البائع نظير قول أبى يوسف رحمه الله تعالى إذا كان وارثًا يقبل شهادته له، أما إذا كان وارثًا لا تقبل شهادته له، كالوالد والولد، و[من] بمثابتهما لايجوز شراءه عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأن على قوله: ولد البائع ووالده وكل من لا تقبل شهادته له لو اشتراه فى حياة البائع لنفسه لا يجوز، خلافًا لهما؛ لأن منافع الأملاك بينهما متصلة، فصار شراء هؤلاء واقعًا للبائع، وكان البائع اشترى بنفسه، فكذا بعد وفاته، وبعضهم قالوا على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: لا يجوز شراء الوارث للبائع على كل حال، سواء كان وارث البائع ممن تقبل شهادته له، أو ممن لا تقبل شهادته، كما هو قول محمد رحمه الله تعالى، وفرق هذا القائل

---

(١) وفى النسختين: "ظ" و "م": ولا نفاذا.

على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه بين حال حياة البائع وبين ما بعد الموت.

والفرق أن حال حياة البائع إنما لا يجوز شراء والده وولده وجميع من لا تقبل شهادته باعتبار أن منافع الأملاك متصلة بينهم، فيصير شراء هؤلاء بمنزلة شراء البائع لنفسه، وهذا المعنى قد انقطع بالموت، وإنما شرطنا أن تكون السلعة قائمة على حالها لم تنتقص بعيب؛ لأن بعد ما انتقص لا يتأتى شبهة الربا؛ لأن نقصان الثمن يجعل بمقابلة مافات بالعيب، فيصير مشتريًا ما باع بمثل الثمن الأول معنى، وذلك جائز.

١٢١١٦- ولو رخص سعر السلعة من غير أن حدث بها عيب، فلا ينبغى أن يشتريها بأقل مما باع؛ لأن تغير السعر معتبر فى حق الأحكام إذا بقى العين على حاله، كما فى حق الغاصب، وأشباه ذلك، فيجعل وجوده كعدمه.

١٢١١٧- ولو باع مشترى المشترى من رجل، ثم إن البائع الأول اشتراه من المشترى الثانى بأقل مما باع جاز، فإن عاد المشترى إلى المشترى الأول، إن عاد بسبب هو فسخ فى حق الناس كافة، كخيار الرؤية، أو خيار الشرط، قبل القبض أو بعده بقضاء أو بغير قضاء، أو بخيار عيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء، لا يجوز للبائع الأول أن يشتريه بأقل مما باع، وإن عاد إليه بسبب هو فسخ فى حقهما، بيع جديد فى حق الثالث، كان للبائع أن يشتريه بأقل مما باع، وكذلك لو أن المشترى وهب السلعة من إنسان، ثم إن البائع اشتراه من الموهوب له بأقل مما باع جاز.

١٢١١٨- وكذلك لو وهبه الموهوب له من الواهب، وهو المشترى بعد ذلك، ثم إن المشترى باعه من البائع بأقل جاز، وكذلك لو أن المشترى باع العبد من إنسان، ثم اشتراه ثم باعه من البائع بأقل جاز.

١٢١١٩- ولو أن المشترى وهبه من إنسان، وسلمه، ثم رجع فى الهبة، ثم باعه من البائع بأقل لا يجوز؛ لأن الرجوع فى الهبة من كل وجه فسخ، سواء كان بقضاء أو بغير قضاء، فيعود إلى المشترى قديم ملكه المستفاد من جهة البائع، وصار كأنه لم يهب، ولو لم يهب حتى باعه [من بائعه][1] بأقل لا يجوز، فههنا كذلك [فقد جعل محمد الرجوع فى الهبة فسخا فى حق الكل، سواء كان الرجوع بقضاء أو بغير قضاء، وهكذا فعل فى "الجامع" فى أبواب الزكاة، وهكذا فعل فى كتاب الهبة على رواية أبى حفص، وهو قول أبى يوسف، وهو

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذا من النسخة "م".

الصحيح، وفيه كلمات كثيرة، ذكرناها فى أبواب الزكاة فى [الجامع][1].

١٢١٢٠ - ولو كان المشترى أوصى بهذا العبد لرجل، وقبل الموصى له الوصية، ثم مات الموصى، فباع الموصى له العبد من بائع الموصى [بأقل] جاز، هكذا ذكر فى "الزيادات"، وفرق بين الموصى له من جهة المشترى وبين وارث المشترى، فإن وارث المشترى لو باعه من بائع مورثه بأقل لا يجوز، والفرق هو أن ملك الوارث عين[2] ملك المورث، ولهذا كان للوارث أن يرد على بائع مورثه، ويصير الوارث مغروراً من جهة بائع مورثه، كما يصير المورث مغروراً، فكان بيع الوارث كبيع المورث، فأما ملك الموصى له غير ملك الموصى، ولهذا لا يرد على بائع الموصى بالعيب، ولا يصير مغروراً من جهته، فأشبه المشترى والموهوب له، ثم المشترى من المشترى والموهوب له من جهة المشترى لو باع من البائع الأول بأقل يجوز، فكذا الموصى له، وقد كتبت فى المستزاد مسألة الوصى على خلاف ما ذكر فى "الزيادات"، والصحيح ما ذكر فى "الزيادات".

١٢١٢١ - وإذا وكل الرجل رجلا ببيع عبد له بألف درهم، فباع الوكيل، ثم إن الوكيل أراد أن يشترى العبد بأقل مما باع لنفسه أو لغيره بأمره قبل نقد الثمن لايجوز، أما شراءه لنفسه؛ لأن الوكيل بالبيع بائع لنفسه فى حق الحقوق، فكان هذا شراء البائع من وجه والثابت من وجه فى باب الحرمان كالثابت من كل وجه، وأما لغيره بأمره فلأن شراء المأمور واقع له من حيث الحقوق، فيكون هذا شراء ما باع بأقل لنفسه من وجه، وكما لا يجوز للبائع أن يشترى ما باع بأقل مما باع، فكذا لا يجوز لعبده أن يشترى ما باع بأقل سواء، كان على العبد دين أو لم يكن، أما إذا لم يكن عليه دين، فلأن شراء العبد إذا لم يكن عليه دين يوجب الملك للمولى فى المشترى على الحقيقة، فصار شراء العبد كشراء المولى بنفسه، وأما إذا كان على العبد دين، أما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن دين العبد عندهما لا يمنع وقوع الملك للمولى فى كسب العبد [فكان شراء عبده فى هذه الحالة كشراءه بنفسه، وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله: فلأن شراء العبد إذا كان عليه دين إن كان يمنع وقوع الملك للمولى فى كسب العبد][3] حقيقة لا يمنع ثبوت حق الملك له فى كسبه، فكان شراء عبده فى هذه الحالة بمنزلة

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٢) هكذا فى "ظ"، وكان فى الأصل: غير.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"م".

شراءه من وجه، وكذا لايجوز شراء مكاتبه؛ لأن للمولى فى اكتساب مكاتبه حق الملك، فيكون شراء مكاتبه كشراءه بنفسه من وجه.

١٢١٢٢- ولو باع العبد أو المدبر أو المكاتب لم يكن للمولى أن يشترى ما باع بأقل؛ لأن بيع هؤلاء وقع للمولى من وجه، فيصير المولى مشتريًا ما بيع له من وجه بأقل.

ولو اختلف جنس الثمن، جاز الشراء، وإن كان الثمن الثانى أقل؛ لأن المانع فى الجنس الواحد شبهة الربا، والربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس قال: إلا أن يكون أحدهما دراهم، والآخر دنانير، والثانى أقل قيمة من الأول، فيكون البيع فاسدًا استحسانًا؛ لأن الدراهم والدنانير جنس واحد معنى لكونهما ثمن الأشياء وقيمتها، فاكتفينا بالمجانسة المعنوية احتياطًا.

١٢١٢٣- وفى "القدورى": ولا يجوز أن يبيع سلعة بثمن حال ثم يشتريها بذلك الثمن إلى أجل؛ لأن هذا فى معنى شراء ما باع بأقل مما باع؛ لأن الأجل يمكن نقصانًا فى المالية؛ لأن المؤجل انتقص من الحال.

١٢١٢٤- ولو باعه بألف درهم نسيئة سنة، ثم اشتراه بألف درهم نسيئة سنتين لايجوز؛ لأن هذا فى معنى شراء ما باع بأقل مما باع؛ لأن الزيادة فى الأجل تكون نقصانًا فى المالية، وإن زاد على الثمن درهمًا، أو أكثر جاز، ويجعل الزيادة فى الثمن الثانى بمقابلة النقصان المتمكن بزيادة الأجل، فينعدم النقصان معنى.

١٢١٢٥- وفى "الزيادات": عبد بين رجلين باعاه من رجل بألف درهم إلى سنة، فإن قالا: بعناك هذه العبد بألف، فقيل: أن يقبضا الثمن اشتراه أحدهما بخمسمائة حالة جاز الشرى فى النصف بمائتى وخمسين، وبطل فى النصف الآخر؛ لأن كل واحد منهما صار بائعًا نصيبه بخمسمائة؛ لأن مع كل واحد منهما، انصرف إلى نصيبه، لا إلى نصيب شريكه؛ لأن الأصل تصرف الإنسان فى ملكه.

ولهذا لو تفرد كل واحد منهما بيع النصف ينصرف ذلك إلى نصف، ولما انصرف بيع كل واحد منهما إلى نصيبه صار كل واحد منهما بيع النصف، ينصرف ذلك إلى نصيبه بائعًا نصيبه بخمسمائة، فإذا اشتراه أحدهما بعد ذلك بخمسمائة، صار هو فى النصف الذى كان له مشتريًا ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، فلايجوز.

فأما فى النصف الذى كان صاحبه لم يصر مشتريًا ما باع بنفسه، ولا بيع له فيجوز ؟؟؟ الفساد على النصف الذى كان له، ولا يتعدى إلى النصف الآخر عند أبى حنيفة؛ لأن فساد هذا العقد سبب ضعيف حتى خفى على الشافعى، وعلى ؟؟؟ فلا يتعدى إلى النصف الآخر،

أو يقول: هذا فساد ثبت لشبهة الربا.

بخلاف القياس فلا يتعدى إلى النصف الآخر إذ لو ثبت فى النصف الآخر لثبت شبهة الشبهة، وهى مردودة، وكذلك لو باع كل واحد منهما نصيبه على حدة بخمسمائة، ثم اشتراه أحدهما قبل قبض الثمن جاز شراءه فى النصف، وبطل فى النصف.

ولو قالا للمشترى: بعناك نصيب هذا بخمسمائة، ونصيب هذا بخمسمائة، أو قالا: بعناك هذا العبد نصيب هذا، أو قال: نصف هذا بخمسمائة ونصف هذا، ونصيب هذا، أو قالا: ونصف هذا بخمسمائة، فقبل المشترى، وقبض العبد، ثم اشترى أحدهما كل العبد بخمسمائة قبل نقد الثمن جاز الشراء فى ربع العبد، وبطل فى ثلاثة أرباع للعبد كأنهما لما باعا كل نصف على حدة صار كل واحد بائعًا نصف كل نصف، فالنصف الذى كان لهذا المشترى فى الأصل نصفه، وهو الربع بيع له؛ لأن بيع شريكه فى ذلك النصف وقع له، فلا يجوز شراءه فى ذلك النصف أصلا.

فأما النصف الذى كان لشريكه نصفه، وهى الربع باعه، وهذا المشترى ذلك الربع بنفسه، ولا بيع له، فصح شراءه فيه، فلهذا قال: جاز شراءه فى الربع، وبطل فى ثلاثة أرباع العبد، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك باعا كل نصف على حدة، بل أوجبا العقد فى كل العبد مطلقًا حيث قالا: بعناك هذا العبد بألف، فانصرف بيع كل واحد منهما إلى نصيبه، أما ههنا بخلافه هذا الذى ذكرنا إذا اشترى أحد البائعين العبد من المشترى.

١٢١٢٦- فأما إذا إذا اشترياه من المشترى، ففى المسألة الأولى، وهو ما إذا قال البائعان للمشترى: بعناك هذا العبد بألف إذا اشتريا العبد بذلك ذلك بخمسمائة جاز شراء كل واحد منهما فى نصف النصف، وهو ربع الكل بربع الخمسمائة؛ لأنهما لما اشترياه مطلقًا، فقد اشترى كل واحد منهما نصفًا شائعًا نصفه مما باع، ونصفه مما باع شريكه، فصح الشرى فيما باع شريكه لعدم المفسد، ولم يصح فيما باع بنفسه لوجود المفسد، فرق بين المشترى والعبد، فإنه قال فى البيع: إذا باعا العبد جملة انصرف مع كل واحد منهما إلى نصفه، وقال فى الشرى: إذا اشتريا العبد جملة انصرف شراء كل واحد منهما إلى نصف شائع.

والفرق أن اسم النصف عند الإطلاق اسم للنصف الشائع إلا أن فى البيع صرفناه إلى نصيبه، وهو صرف مجاز؛ لأن الملك شرط نفاط البيع، فصرفناه إلى ملكه مفيدًا للمبيع، بخلاف الشرى؛ لأن الشرى صحيح.

وإن لم يكن المشترى ملكًا للمشترى فى الأصل، فالعمل بالحقيقة ممكن فى الشرى، فلا

ضرورة إلى العمل بالمجاز، كيف وأن في العمل، وفي صرف الشراء إلى نصيبه ههنا فساد شراءه من كل وجه، فلهذا لا يعمل بالمجاز.

فإن قيل: لم لا يصرف شراء كل واحد منهما إلى نصيب شريكه كله يصح الصرف إلى الأقل، قلنا: تصرف العاقل إنما يصح إذا قصد موجبه الصحة.

والفصل إنما يثبت إذا كان الفساد ظاهر، أو الفساد ههنا خفي، فلا يظهر قصدا العاقل إلى قصد الصحيح لا بحالة، فيجب اعتبار الإطلاق والشيوع حتى لو عرف القصد ؟؟؟ بأن قال كل واحد منهما: اشتريت نصيب صاحبه كمن أجاز شراء كل واحد منهما في كل نصيب صاحبه، ولو قال: اشتريت نصيبي الذي بعت لا يجوز شراءه أصلا؛ لأنه نص على الفساد.

١٢١٢٧- وفي المسألة الثانية: وهو ما إذا باعا كل نصيب على حدة ثم اشتريا جاز شراء كل واحد منهما في ثمن العبد بثمن الخمسمائة؛ لما قلنا: إن شراء كل واحد منهما نصف العبد مطلقًا انصرف إلى نصف شائع من النصفين نصفه، وهو الربع مما كان له، ونصفه وهو الربع مما كان لصاحبه، فما انصرف إلى الربع الذي كان له. فذلك فاسد، وما انصرف إلى الربع الذي كان في ثمن العبد بثمن الثمن، وفسد في الباقي.

١٢١٢٨- رجل له عبد وكل رجلا ببيع العبد، ثم إن صاحب العبد ووكيله باعا هذا العبد معًا من رجل بألف درهم نسيئة، ثم اشتراه الذي كان مالكًا له بخمسمائة بطل هذا الشرى في الكل؛ لأن نصفه باع بنفسه، ونصفه بيع له.

١٢١٢٩- ولو اشترى الوكيل بخمسمائة صح شراءه في النصف، وبطل في النصف؛ لأن نصه باع بنفسه، فعند شراءه فيه، والنصف الآخر ما باع بنفسه، ولا بيع له، فيصح شراءه فيه بأي ثمر كان، ولو كان الوكيل باع هذا العبد كله من رجل، ثم اشتراه أحدهما.

١٢١٣٠- أما الوكيل أو الموكل بأقل من الثمن الأول لا يجوز شراءه في الكل؛ لأن الوكيل بائع في كله، والموكل بيع كله له عبد بين رجلين باعاه من رجلين بألف درهم إلى سنة، فقبض المشتريان العبد، ثم اشترياه جميعًا بخمسمائة حالة، جاز شراء كل واحد منهما في ربع العبد؛ لأن البائعين حين باعاه من رجلين جملة صار كل واحد منهما بائعًا نصيبه، وهو النصف نصفه، وهو الربع من هذا المشتري، ونصفه، وهو الربع من ذلك المشتري، وجعل لكل واحد من المشتريين نصف العبد نصفه، وهو الربع من سبب هذا البائع، ونصفه وهو الربع من نصيب ذلك البائع، فحين باعه منهما جملة صار بائعًا من كل واحد منهما نصف العبد شائعًا نصفه، وهو الربع مما كان له، ونصفه وهو الربع مما كان لصاحبه فقد شراء كل واحد منهما فيما كان له،

وصح فيما كان لصاحبه.

قال فى الكتاب: إلا أن يفسد البائعان يريد بينهما إذا كان المشترى واحدًا من الابتداء، فقال كل واحد منهما للمشترى: حتى النصف الذى اشتريت من صاحبى، فباع على ذلك، فح يصح شراء كل واحد منهما للمشترى يعنى النصف الذى اشتريت من صاحبى، فباع على ذلك، فح يصح كل واحد منهما فى نصف؛ لأنهما نصّا على الجواز؛ لأنه اشترى كل واحد منهما ما لم يبع، ولا بيع له.

ولو قال كل واحد منهما يعنى النصف الذى اشتريته منى فباع على ذلك، بطل شراء كل واحد منهما فى كل ما اشترى؛ لأنهما نصّا على الفساد، فإن كل واحد اشترى ما باع بثمن فى كل موضع صح الشراء فى البعض، وفسد فى البعض لا خيار للمشترى، وإن تفرقت الصفقة عليه؛ لأنه لما أقدم على هذا المشترى مع علمه بالفساد فى البعض، صار راضيا بهذا التفريق.

١٢١٣١ - وإذا باع الرجل عبد الذمى على أن فلانًا بالخيار ثلاثة أيام، فأجاز فلان البيع، ثم اشترى المبيع بأقل من الثمن الأول قبل نقد الثمن الأول جاز؛ لأنه لما بيع العبد، ولا بيع لـه، بل هو وكـيل بالإجـازة والإرضـاء علـى مـا عـرف من مـذهبنا، فلـم يجـعل الإجـازة من المشروط له الخيار بمنزلة ابتداء البيع حتى جوز له الشرى بأقل من الثمن الأول.

١٢١٣٢ - وفرق بينه وبين الشفيع، فإن من باع دارًا على أن للشفيع الخيار، فأجاز الشفيع البيع، فلا شفعة له، وجعل الإجازة من الشفيع بمنزلة ابتداء البيع حتى أبطل شفعته، والوجه فى هذا أن يقال: بأن الإجازة ليس بمنزلة البيع فى الفصلين، وبطلان حق الشفيع ما كان باعتبار أن العقد إنما تم بإجازته، وإسقاطه الخيار، فلو أخذ بالشفعة كان ساعيًا فى نقض ما تم به، وسعى الإنسان فى نقض ما تم به مردود عليه هذا الطريق لم يثبت حق الشفعة للبائع، فإنما سوينا بين البيع والإجارة لاستواءهما فى المعنى الموجب لبطلان الشفعة، لا باعتبار أن الإجارة بمنزلة ابتداء البيع.

أما فى مسألتنا الفساد بسبب النهى، والنهى تناول شراء ما باع الرجل بنفسه، أو بيع له، والمعنى شبهة الربا، وذلك فى أن يقع له السبب، أو يقع له حكم السبب له، ولم يوجد ذلك فى الإجارة.

١٢١٣٣ - وإذا باع من آخر نقدا ونسيئة، ثم إن البائع وكل رجلا، بأن يشرى به ما باع بأقل مما باع، جاز الشراء للموكل فى قول أبى حنيفة. وقال أبو يوسف: يصير الوكيل مشتريًا لنفسه، وقال محمد: يصير مشتريًا للأمر شراء فاسدًا.

وهذه المسألة بناء على مسألة أخرى أن المسلم إذا وكل ذميًا بشراء خمر على قول أبى حنيفة يجوزه، واعتبر حال الوكيل، لا حال الموكل. وعند أبى يوسف ومحمد: لا يجوز، واعتبر حال الموكل، وجعلا عقد الوكيل كعقد الموكل بنفسه، فكذا ههنا.

بعد هذا قال محمد: يقع الملك فى المشترى للآمر ملكًا فاسدًا؛ لأن الآمر لو اشتراه بنفسه ملكه ملكًا فاسدًا، فكذا إذا اشتراه وكيله له؛ لأنه فيه تصرف الوكيل كتصرفه لنفسه، وصار كالوكيل بالشرى إلى العطاء، إذا اشترى فإنه يقع الملك فى المشترى لو أمر ملكًا فاسدًا، ولا يقع الملك للوكيل.

وأبو يوسف يقول: لو جعلنا الوكيل مشتريًا للآمر كان فاسدًا، ولو جعلناه مشتريًا لنفسه، كان صحيحًا، وتصرف العاقد محمول على الصحة ما أمكن، بخلاف التوكيل بالشرى إلى العطاء؛ لأن هناك شرى الوكيل لا يصح على كل حال جعلنا مشتريًا لنفسه، أو لم نجعله وهنا لو جعلناه مشتريًا لنفسه، كان صحيحًا، وللآمر فكذلك جعلناه مشتريًا للآمر بحكم الآمر.

وفى هذه المسألة نوع شبهة على قول أبى حنيفة: فإنه يقول: إن البائع، أو ابنه لو اشتراه لنفسه فى حال حياة البائع بأقل لا يجوز، وما يحصل للبائع من الملك بشراء الوكيل.

فرق ما يحصل له بشراء الأب، أو الابن لنفسه، والذى صح عنده فى إزالة هذا الإشكال أن المبيع ههنا لأجل العقد، لا لأجل الحكم بدليل أن أحد العقدين لو كان هبة كان كل واحد من العقدين صحيحًا، والحكم لا يتفاوت، فكل من له حق فى العقدين جميعًا لا يجوز فيه الشراء كالبائع، وليس للوكيل حق فى العقد الأول، فصح منه العقد الثانى، وإن كان حكمه ثبت للبائع، بخلاف الأب والابن، فإن لهما حقا فى العقدين، فنزلا منزلة البائع فى ذلك.

نوع آخر فى صورة البيوع الفاسدة والباطلة:

فمن جملة صور الفاسدة أن يبيع بخمر أو خنزير، ومن جملة ذلك بيع الدين من غير من عليه الدين، ومن جملة ذلك صفقتان فى صفقة، نحو أن يقول: أبيعك هذا على أن تبيعنى هذا، ومن جملة ذلك بيعان فى بيع نحو أن يقول: بعتك[1] بقفيز حنطة أو بقفيزى شعير، ومن

---

(١) هكذا فى الأصل ومتن النسخة "ظ"، وكان فى حاشية النسخة "ظ": بعتك قفيز حنطة بقفيزى شعير. وفى النسخة "م": بعتك بقفيز حنطة وبقفيزى شعير.

جملة ذلك [شرطان فى بيع نحو أن يكون إن أعطيتنى الثمن حالا، فكذا، أو إن كان مؤجلا، فكذا، ومن جملة ذلك][1] إذا باع وسكت عن الثمن؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال، فيصير البدل مذكوراً به كر البيع، لكن يجعل المذكور هو القيمة؛ لأن الأصل فى الأشياء هو القيمة، وإنما عدل عنها عند وجود التسمية وصحتها، ولم توجد التسمية، وإذا صارت القيمة مذكورة صار كأنه قال: بعت بالقيمة والبيع بالقيمة بيع فاسد.

١٢١٣٤- وأما إذا باع على أن لا ثمن له ففيه روايتان: فى رواية: لا ينعقد أصلا بخلاف ما إذا سكت عن ذكر الثمن؛ لأنه إذا سكت عن ذكر الثمن أمكن أن يجعل بيعًا بذكر العوض دلالة، وعند نفى الثمن لا يمكن أن يجعل بيعًا بذكر الثمن دلالة إذ لا قوام للدلالة عند وجود الصريح بخلافها. وفى رواية قال: ينعقد؛ لأن النفى منه لم يصح؛ لأنه نفى حكم العقد، فصار وجود هذا النفى والعدم سواء، كأنه سكت عن ذكر الثمن.

١٢١٣٥- ولو باع بالميتة أو الدم، أو الريح، فالبيع باطل، وروى عن محمد رحمه الله تعالى: أنه إذا قال: أبيعك بما يرعى إبلى فى أرضك، أو بما يشرب من ماء بيرك، أنه بيع منعقد؛ لأنه سمى شيئًا متقومًا، فإنه لو قطع الحشيش، أو استقى الماء فى إناء، وباعه يجوز، فلكون المسمى مالا قلنا: بالانعقاد، ولكونه مجهولا قلنا: بالفساد، بخلاف الفصل الأول؛ لأن المسمى هناك ليس بمال أصلا، وكذلك لو باع عبدًا بجارية من جوارى المشترى، ولم يبينها، فهو بيع منعقد.

١٢١٣٦- ولو قال: أبيعك بالكعبة، فهو بيع باطل؛ لأن المسمى ليس بمال.

وإذا باع شيئًا بمكاتب أو مدبّر أو أم ولد، فهو بيع منعقد لأن المالية ثابتة فى هذه المحال، وإنما حرم بيعها لحق محرم [لا] لانعدام المالية، وإنه لا يمنع انعقاد العقد بوصف الفساد.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"م".

الفصل السابع
فى الشروط التى تفسد البيع، والتى لا تفسد

١٢١٣٧- يجب أن يعلم بأن الشرط الذى يشترط فى البيع لا يخلو: إما إن كان شرطًا يقتضيه العقد، ومعناه أن يجب بالعقد من غير شرط، وأنه لا يوجب فساد العقد، كشرط تسليم المبيع على البائع، وشرط تسليم الثمن على المشترى، وهذا لأن اشتراط ما يجب بالعقد من غير شرط لغو؛ لأنه لا يفيد شيئًا، فصار وجوده كعدمه، وكأنه لم يشترط شيئًا، فيجوز البيع.

وإن كان شرطًا لا يقتضيه العقد على التفسير الذى قلنا [إلا أنه] يلائم العقد، وعنى به أنه يؤكد موجب العقد، أو تأكيد موجب الشيء يلائم ذلك الشيء، وذلك كالبيع بشرط أن يعطى المشترى كفيلا بالثمن، والكفيل معلوم بالإشارة، أو التسمية إن كان حاضراً مجلس العقد، فقبل الكفالة، أو كان غائبًا عن مجلس العقد، فحضر قبل أن يتفرقا، وقبل الكفالة، جاز البيع استحسانًا، والكفالة إن لم تكن من مقتضيات البيع، إلا أنها تؤكد موجب العقد؛ لأن الكفالة وثيقة لجانب المطالبة، ولهذا اختص جواز الكفالة بالذم، والمطالبة توجب العقد، فما يؤكدها يكون ملائمًا للعقد، فلا يؤثر فى فساد العقد.

١٢١٣٨- وكذلك البيع بشرط أن يعطى المشترى بالثمن رهنًا، والرهن معلوم بالإشارة أو التسمية، جاز البيع استحسانًا، وإن لم يكن الرهن من مقتضيات العقد، إلا أن الرهن يؤكد موجب العقد؛ لأن الرهن شرع وثيقة ومؤكدًا لجانب الاستيفاء، ولهذا اختص جوازه بالأموال القابلة للاستيفاء، واستيفاء الثمن موجب العقد، فما يؤكده يلائم موجب العقد.

قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده رحمه الله تعالى" فى شرحه: فرق محمد بين الكفيل وبين الرهن، فيشترط حضرة الكفيل مجلس البيع، وقبول الكفالة لجواز البيع، ولم يشترط حضرة الرهن لجواز البيع، وإنما شرط العلم به.

وفى "القدورى": شرط أن يكون الرهن معينًا، وهكذا شرط فى "المنتقى"، وإن لم يكن الرهن معينًا، ولكن كان مسمى إن كان عرضًا، لم يجز البيع، وإن كان مكيلا، أو موزونًا موصوفًا، فهو جائز وإن لم يكن الرهن معينًا ولا مسمى، وإنما شرط أن يرهنه بالثمن رهنًا، فالبيع فاسد؛ لأن جهالة الرهن يوقعهما فى منازعة مانعة من التسليم، والتسلم، فالمشترى

يعطيه رهنًا، والبائع يطالبه برهن آخر.

١٢١٣٩- قال فى "المنتقى": إذا تراضيا على تعيين الرهن فى المجلس، ودفعه المشترى إليه قبل أن يتفرقا، أو يعجل المشترى الثمن، ويبطلان الأجل، فيجوز البيع استحسانًا. وكذلك إذا لم يكن الكفيل معينًا، ولا مسمى، فالعقد فاسد؛ لأن جهالة الكفيل توقعهما فى منازعة مانعة من التسليم والتسلم؛ لأن الناس يتفاوتون فى قضاء الدين وملاءة الذمة، .

وإن كان الكفيل حاضرًا فى مجلس العقد، وأبى أن يقبل الكفالة، أو لم يأبَ، ولكن لم يقبل حتى افترقا، أو أخذًا فى عمل آخر، فالبيع فاسد استحسانًا، قبل بعد ذلك، أو لم يقبل.

وشرط الحوالة فى هذا الباب نظير شرط الكفالة، يريد به إذا وقع البيع بشرط أن يحيل المشترى البائع على غريم من غرماءه، أما لو وقع البيع بشرط أن يحيل البائع على المشترى غريمًا من غرماءه، فالعقد فاسد قياسًا واستحسانًا.

١٢١٤٠- وفى "المنتقى": رواية ابن سماعة: إذا كان الرهن معينًا فى العقد بأن اشترى رجل من آخر دارًا بألف درهم على أن يعطيه بالثمن عبده هذا رهنًا، فلما قبض الدار امتنع عن تسليم الرهن لم يجبر عليه، ولكن يقال للمشترى: ادفعه، أو افسخ العقد، أو عجّل الثمن، قال ثمه: وهو قول محمد رحمه الله تعالى.

وفى "القدورى" يقول: ولكن يقال للمشترى: إما أن تدفع الرهن أو قيمته، أو تفسخ العقد، وهذا لأن الرهن من جانب الراهن محض تبرع؛ لأن الحق يبقى عليه بعد الرهن كما كان قبل الرهن، ولا إجبار على التبرعات، ولكن يجبر المشترى على نحو ما ذكرنا؛ لأن البائع ما رضى بزوال ملكه عن المبيع إلا بثمن مستوثق، فإذا فاتت الوثيقة، فات وصف مرغوب، فيثبت له حق النقض، إلا أن يفى المشترى بالشرط، أو يدفع القيمة على ما ذكره القدورى؛ لأن يد الاستيفاء للبائع إنما تثبت على المعنى، وهو القيمة، فالاستيفاء فى باب الرهن يقع من معنى الرهن، لامن عينه.

قال فى "المنتقى": وإن كان المشترى باع الدار أمرتُه أن يدفع العبد، أو يعجل الثمن؛ لأن بعد البيع تعذر فسخ البيع، فيخير بين دفع الرهن وتعجيل الثمن.

قال ثمه: وإن مات العبد أمر أن يدفع إليه رهنًا يساوى قيمة العبد، أو يعجل الثمن، وإن كان العبد لم يمت، فقال المشترى: أعطيه رهنًا آخر سوى العبد، فللبائع أن يمتنع عنه، وإن أراد المشترى أن يعطيه قيمة العبد دراهم أو دنانير، فليس للبائع أن يمتنع منه.

١٢١٤١- ولو اشترى عبداً على أن يعطى البائع المشترى كفيلا بما أدركه من درك، فهو على ما ذكرنا إن كان الكفيل مجهولا، فالعقد فاسد، وإن كان معينًا حاضراً، وقبل، أو كان غائبًا، فحضر قبل أن يفترق العاقدان، وقبل، فالعقد جائز استحسانًا.

١٢١٤٢- وإن كان الشرط شرطًا لا يلائم العقد إلا أن الشرع ورد بجوازه، كالخيار والأجل، أو لم يرد الشرع بجوازه، ولكنه متعارف، كما إذا اشترى نعلا وشراكًا على أن يحذوه البائع، جاز البيع، وإن كان القياس [يأبى] جوازه؛ لأن التعارف والتعامل حجة يترك به القياس، ويخص به الأثر.

وروى هشام عن محمد رحمه الله تعالى: أنه إذا اشترى عن رجل نعلا على أن يحذوه البائع، أن البيع فاسد. وإن كان الشرط شرطًا لم يعرف ورود الشرع بجوازه فى صورة، وهو ليس بمتعارف، إن كان لأحد العاقدين فيه منفعة، أو كان للمعقود عليه منفعة، والمعقود عليه من أهل أن يستحق حقّا على الغير، فالعقد فاسد.

١٢١٤٣- وتفسير منفعة المعقود عليه ما قال فى الكتاب: إذا باع عبداً بشرط أن لا يبيعه، ولا يهبه، ولا يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه، ففى هذا الشرط منفعة المعقود عليه، فإن المملوك يسره أن لا يتداوله الأيدى، وإذا وافقهم موضع لايحبون البيع، ويميل قلبهم إلى ذلك الموضع، فالبيع بهذا الشرط لا يجوز عند علمائنا رحمهم الله تعالى.

١٢١٤٤- وتفسير منفعة أحد المتعاقدين أن يقول للبائع: بعنى هذا العبد على أن أهب لك كذا [أو أقرضك كذا، أو يقول البائع للمشترى: اشتره منى على أن أهب لك كذا، أو أقرضك كذا][(١)]، فالبيع بهذا الشرط فاسد.

ثم إذا شرط منفعة المعقود عليه إنما يفسد العقد إذا كان المعقود عليه من أهل أن يستحق حقا على الغير، وذلك الرقيق، فأما سوى الرقيق من الحيوانات التى لاتستحق على الغير حقّا، فاشتراط منفعته لا يفسد العقد، حتى لو اشترى شيئًا من الحيوانات سوى الرقيق، بشرط أن لا يبيعه، ولا يهبه، فالبيع جائز، وفى هذا الشرط منفعة المعقود عليه، فإن الناس يتفاوتون فى الإحسان فى حق دوابهم، فالمشترى ربما يكون أكثر تعاهداً بالمشترى من غيره.

وإنما جاء الفرق؛ لأن المعقود عليه إذا كان من أهل الاستحقاق، فالشرط يفيد وجوب المشروط فى حقه لو صح، والشرط متى أفاد وجوبًا، يجب اعتباره [وإذا وجب اعتباره][(٢)]،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من "م".

فالمشروط له يطالب بحكم الشرط، والمشروط عليه يمتنع بحكم الشرع، فإن الشرع نهى عن بيع وشرط مطلقًا، إلا شرطًا يقتضيه العقد، أو يلائم موجب العقد، أو ورد الشرع بجوازه، أو كان متعارفًا، صار مخصوصًا عن قضية النهى، فبقى ما وراءه داخلا تحت النهى، فتقع المنازعة بينهما فى إيفاء المشروط، وكل عقد يفضى إلى المنازعة يحكم بفساده، وأما إذا لم يكن المعقود عليه من أهل أن يستحق حقّا على الغير، فالشرط لا يفيد وجوب المشروط فى حقه، فيجعل وجوده والعدم بمنزلة، وكان البيع حاصلا من غير شرط معنى.

وإن كان شرط المنفعة جرى بين أحد المتعاقدين وبين أجنبى، بأن اشترى على أن يقرض البائع فلانًا الأجنبى كذا، وقبل المشترى ذلك، ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى فى "شرح الجامع الصغير" فى باب الزيادة فى البيع من غير المشترى، أن العقد لا يفسد، وذكر القدورى رحمه الله تعالى: أن العقد يفسد، وصورة ما ذكر القدورى، إذا قال المشترى للبائع: على أن تقرضنى، أو على أن تقرض فلانًا، ذكر أن العقد فاسد.

١٢١٤٥- وفى "المنتقى": قال محمد رحمه الله تعالى: كل شيء يشترط المشترى على البائع يفسد به البيع، فإذا شرط على أجنبى، فهو باطل، من ذلك: إذا اشترى من غيره دابة على أن يهب له فلان أجنبى عشرين درهمًا، فهو باطل، كما لو شرط على البائع أن يهب له عشرين درهمًا، وكل شيء شرط على البائع لايفسد به البيع، فإذا شرط على أجنبى، فهو جائز، وهو بالخيار، من جملة ذلك: إذا اشترى من آخر عبدًا بمائة على أن يحط فلان أجنبى عشرة دراهم عنه، فالبيع جائز، وهو بالخيار، إن شاء أخذ بمائة، وإن شاء ترك.

وفى "نوادر ابن سماعة": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا اشترى من آخر شيئًا على أن يهب البائع لابن المشترى أو لفلان الأجنبى من الثمن ديناراً، فالبيع فاسد.

وإن كان شرطًا لم يكن لأحد المتعاقدين، ولا للمعقود عليه منفعة، بل فيه لأحد المتعاقدين مضرة، بأن باع ثوبًا بشرط أن لا يبيعه، ولا يهبه، ذكر فى آخر المزارعة ما يدل على أن البيع جائز، وهو قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ومحمد، وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: أن البيع فاسد، وهو قول أبى يوسف، وجه الجواز لأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أن المشروط إن كان منفعة فى حق أحد المتعاقدين، إنما يوجب فساد العقد لأن المشروط يطالب بحكم الشرط، والآخر يمتنع عن التسليم بحكم الشرع، فيتنازعان، ولا مطالبة فى موضع الضرر، فصار وجود هذا الشرط والعدم بمنزلة.

١٢١٤٦- وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: إذا اشترى من آخر دابة على أن لايبيع ولا يهب، أو جملا على أن لا يعلفه، فالبيع جائز.

وكذلك إذا قال على أن ينحره، وإن قال: على أن يبيعه من فلان، أو على أن لا يبيعه منه، فالبيع فاسد. وإن اشترى على أن يبيعه، أو يهبه، ولم يقل: من فلان، فالبيع جائز.

قال في "المنتقى": وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى، وإن اشترى على أن لا يبيع إلا بإذن فلان، أو اشترى دارًا على أن لا يهدمها، أو أن لا يبنيها إلا بإذن فلان، فالبيع فاسد.

وإن كان شرطًا ليس فيه منفعة ولا مضرة، نحو أن يبيع طعامًا بشرط أن يأكله، أو ثوبًا بشرط أن يلبسه، فالبيع جائز.

١٢١٤٧- وإذا باع الجارية بشرط أن يطأها المشترى، أو بشرط أن لا يطأها، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه البيع فاسد فى الموضعين، وقال محمد رحمه الله تعالى: البيع جائز فى الموضعين، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن باعها بشرط أن يطأها، فالبيع جائز، وإن باع بشرط أن لا يطأها، فالبيع فاسد.

١٢١٤٨- وإذا اشترى جارية بشرط أن لا يستخدمها، فعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أن البيع فاسد [وكذا عن أبى يوسف فيما إذا اشترى طعامًا بشرط أن لا يأكله، ولا يطعمه، أن العقد فاسد.

١٢١٤٩- المعلى][(١)] عن أبى يوسف: [فيما] إذا اشترى من آخر شيئًا على أن يعطى الثمن فلان، فالبيع جائز، سواء كان فلان حاضرًا أو غائبًا.

وذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى فى شرح كتاب المكاتب فى الباب الثانى منه: أن من باع على أن يعطى ثمنه من مال فلان، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى جواز هذا البيع.

١٢١٥٠- وفى "المنتقى": إذا قال لغيره: أبيعك هذا العبد بألف درهم لك على فلان قضاء منى لك عن فلان، فالبيع جائز، وهو متطوع عن فلان.

وروى عنه رواية أخرى: أنه لا يجوز ذلك البيع، ويحتاج إلى بيع جديد، وبه أخذ جماعة من مشايخنا، وبه كان يفتى أبوعبد الله البلخى، وهكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرح كتاب البيوع فى باب البيوع الفاسدة: أن شرط جواز البيع وهو القدرة على التسليم كان ثابتًا وقت البيع، فلا يجوز، وإن وجد من بعده، وصار كما لو باع خمرًا، فصار خلا فى المجلس، وسلمه، أو باع طيرًا فى الهواء، أو سمكًا فى الماء، أو وحشًا فى الفضاء، ثم أخذه، وسلمه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"م".

فى المجلس، فإنه لا يجوز البيع، وطريقه ما قلنا.

ومن أخذ بهذه الرواية يقول تأويل الرواية الأولى أنهما تراضيا عليها عند عود العبد، فينعقد بينهما بيع جديد بالتعاطى، أما أن يقال: بأن ذلك العقد يجوز فلا.

١٢١٥١- وإن جاء رجل إلى مولى الآبق، وقال: إن عبدك الآبق عندى قد أخذته، فبعه منى، فباعه جاز، ولو قال: عند فلان أخذه، فبعه منى، فباعه، لا يجوز، والفرق أن فساد بيع الآبق عرف بالأثر، والأثر ورد فى الآبق المطلق، وهو الآبق فى حق المتعاقدين، وفيما إذا قال الذى يريد شراءه: هو عندى، قد أخذته، فبهذا ليس بآبق فى حق المشترى، فلا يكون آبقًا مطلقًا، وفيما إذا قال: هو عند فلان، فهو آبق فى حق البائع والمشترى، فكان آبقًا مطلقًا؛ ولأن فى الصورة الأولى أن العبد غير معجوز التسليم فى حق المشترى، ولا كذلك فى الفصل الثانى، وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: أن بيع الآبق جائز، ذكر "القدورى" هذه الرواية مطلقة، وكان أبوالحسن الكرخى يقول: بيع الآبق فاسد، إلا أن يرضى المشترى أن ينتظر حتى يتمكن البائع من التسليم، وقاسه ببيع المرهون، والمستأجر.

وفى "المنتقى" رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله إذا باع الآبق، والمشترى يعلم بمكانه جاز، فإن باعه وقبضه، ثم اختلفا، فقال المشترى: لم أعلم بمكانه حين بعتنى، وقال البائع: لا، بل علمت، فالقول قول البائع، وهو الصحيح، وباعه، ولايعلم أحدهما بمكانه، لم يجز.

١٢١٥٢- وأما بيع أرض القطيعة جائز، وهى التى أقطعها الإمام لقوم، وخصهم بها؛ لأنهم ملكوها بالقطيعة، فيجوز بيعهم، وأما بيع أرض الإجارة والإكارة، فالإجارة هى الأرض الخراب، يأخذها إنسان بأمر صاحبها، فيعمرها، ويزرعها، والإكارة الأرض التى فى يد الأكرة، فنقول: إن باعها صاحبها جاز؛ لأنه مالك رقبتها، وإن باع الذى له إجارتها وإكارتها، لا يجوز البيع؛ لأن له العمارة لا غير، وإنه مال متقوم.

وإن باع الأرض وهى فى عقد مزارعة آخر، قال شمس الأئمة الحلوانى: المزارع أولى فى مدته من أيهما كان البذر، فإن أجاز المزارع البيع، فلا أجر لعمله.

١٢١٥٣- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: إذا باع الرجل عبدًا له من رجل بالدين الذى للمشترى على فلان، وهو ألف، ورضى به فلان، فهو جائز، والمال للبائع على الغريم الذى عليه الدين؛ لأنه لو قال لمولى العبد: بع عبدك فلانًا بماله علىّ من الدين، فهذا جائز، ولمولى العبد ألف درهم على الغريم، كأنه دفع عبده إلى الغريم ليبيعه بما للطالب عليه من الدين.

١٢١٥٤- وفى "المنتقى" : إذا قال الرجل لغيره : أشترى منك هذا بالمائة التى على فلان، فهو فاسد، وقال زفر : صحيح، وعليه مائة، خرجت من تلك المائة، أو لم تخرج.

وإن قال : أبيعك ثوبى بمائة لك على فلان على أن أبرى فلان الغريم عما عليه لك، فهو جائز.

١٢١٥٥- وإذا قال الرجل لغيره : أبيعك هذه الجارية على أن تشتريها لنفسك، فالبيع فاسد، هكذا ذكر فى "المنتقى"، وفى "البقالى" : عن أبى يوسف رحمه الله تعالى جوازه، بخلاف قوله على أن لا تشترى.

١٢١٥٦- وإذا اشترى عبدًا، وشرط الخيار لنفسه شهرًا على أنه إن عرضه على بيع، أو استخدمه، فهو على خياره، فالبيع فاسد.

وإذا كان لرجل على رجل دينارًا، واشترى منه ثوبًا على أن لا يقاصيه، فالبيع فاسد.

١٢١٥٧- وإذا باع عبدًا بشرط أن يعتقه المشترى، فالبيع فاسد فى ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله تعالى حتى لو أعتقه المشترى قبل القبض، لا ينفذ عتقه، ولو قبضه، ثم أعتقه ينقلب البيع جائزًا استحسانًا فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه حتى يلزمه الثمن، وعلى قولهما : لا ينقلب جائزًا حتى تلزمه القيمة.

وروى ابن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى مثل قولهما، وجه قولهما أنهما شرطا لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولم يرد الشرع بجوازه، وإنه غير متعارف فيما بين الناس، وللمعقود عليه فيه منفعة، فيفسد العقد، كما لو باع بشرط أن يدبره المشترى أو يكاتبه، أو باع جارية بشرط أن يستولدها المشترى. وإنما قلنا : لا يقتضيه العقد؛ لأن البيع لا يوجب العتق على المشترى فى غير القريب، ولا يلائمه؛ لأن فى العتق إزالة ملك المشترى عن العبد، والبيع يوجب الملك، فما يزيله لا يكون ملائمًا للبيع، ولم يرد الشرع بجوازه، وإنه ظاهر، وإنه غير متعارف؛ لأن الشراء بهذا الشرط لا يكثر وجوده، والمتعارف ما يكثر وجوده فيما بين الناس، كشراء النعل بشرط أن يحذوه البائع، وكالاستصناع، وفيه منفعة للمعقود عليه، وإنه ظاهر أيضًا، والتقريب ما مر.

ولأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن الشراء بهذا الشرط متعارف من وجه من حيث إن الناس يبيعون المملوك بهذا الشرط، وغير متعارف من وجه من حيث إنه لايكثر وجوده، فلكونه غير متعارف من وجه، أفسدنا به فى الابتداء، ولكونه متعارفًا من وجه، جعلناه جائزًا بعد العتق.

أو نقول: هذا الشرط إذا كان متعارفًا من وجه دون وجه، كان المفسد موجودًا من وجه دون وجه، فحكمنا بالفساد على سبيل التوقف، لا على سبيل البتات، فإن استهلك بوجه آخر، يتقرر الفساد لكونه غير متعارف، ويلزمه القيمة، وإن أعتقه يتقرر الجواز لكونه متعارفًا، ويلزمه الثمن.

وجه آخر لأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن هذا الشرط يلائم البيع من وجه، ولا يلائمه من وجه من حيث إن فيه إزالة الملك لا يلائم البيع، ومن حيث إنه ينهى الملك، ولا يقطع، وفى الإنهاء تقرير وإتمام يلائمه، ولهذا قلنا: إن المشترى إذا أعتق العبد، ثم اطلع على عيب به كان له الرجوع بنقصان العيب، كما لو مات حتف أنفه، فمن حيث إنه لا يلائم العقد، حكمنا بفساد العقد فى الحال، ومن حيث إنه يلائم للعقد، حكمنا بالجواز إذا أعتق، ويمكن أن يقال: إذا كان شرط العتق يلائم البيع من وجه، ولا يلائمه من وجه، حكمنا بفساد العقد على سبيل التوقف إلى آخر ما ذكرنا.

١٢١٥٨- وروى ابن شجاع عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: أن المشترى إذا أعتق قبل القبض جاز، وهذا دليل على أن الفساد غير متقرر، ولو[1] كان متقررًا، لكان لا يثبت الملك للمشترى قبل القبض، وبدون الملك لا يصح إعتاقه، وهذا بخلاف شرط التدبير والاستيلاد والكتابة؛ لأن شرط الكتابة والتدبير والاستيلاد شرط لايلائم العقد بوجه ما لأن هذه التصرفات لا توجب إنهاء الملك؛ لأن إنهاء الملك إنما يتحقق إذا وقع الأمن عن الزوال عن تملك المشترى إلى ملك غيره، كما فى العتق والموت، وبهذه التصرفات لا يقع الأمن عن زوال الملك لجواز أن يباع، فيقضى القاضى بجواز البيع فى المدبر وأم الولد، ويجبر المكاتب ببيع نفسه، وإذا لم تكن هذه التصرفات منهية للملك لا محالة لم يكن ملائمًا للعقد بوجه ما.

١٢١٥٩- وفى "الأمالى" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى برواية بشر: رجل [باع][2] دارًا على أن يتخذها مسجدًا للمسلمين، فالبيع فاسد، قال: لأن المسجد يخرج عن ملك متخذه، وكذلك لو باع منه طعامًا على أن يتصدق به.

وفى "المنتقى": إذا اشترى جارية على أن يحسن إليها، أو على أن لا يسىء إليها، فالبيع جائز رواه عن الحسن.

١٢١٦٠- وفى "البقالى": إذا باع عبدًا، وشرط أن يطعمه حبيصًا، لم يجز.

---

(١) فى النسخة "م": إذ مكان ولو.

(٢) هكذا فى النسخة "م"، وكان فى الأصل و "ظ": اشترى.

وفى "المنتقى" أيضًا: رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه إذا اشترى جارية على أن يكسوها القز، أو على أن يضربها، فالبيع فاسد.

١٢١٦١- إذا اشترى من آخر داراً على أن تسلم فلان المبيع له، وعلم أن لفلان فيها شىء، أو لم يعلم، فالبيع فاسد. وقال الحسن: إن علم أن [له][1] فيها شىء، فإن سلم المبيع جاز، وإلا كان بالخيار فى حصة البائع، فإن شاء أجازه، وإن شاء أبطله.

وفى "المنتقى": إذا قال للمشترى: اشتر منى هذا الثوب بكذا، وأنت برىء، أو قال: على أنك برىء، فاشترى، فهو برىء.

١٢١٦٢- وفيه أيضًا: إذا اشترى من آخر عينًا بكذا على أنه يحط من ثمنه كذا، أو على أنه حط من ثمنه كذا، فالبيع جائز والحط جائز، ويكون البيع بما وراء المحطوط.

وقال ثمه: قوله: على أن يحط، مثل قوله: حططت، ألا ترى أنه لو قال لمديونه: صالحتك مما لى عليك على كذا على أن أحط لك كذا، فهذا حط جائز.

١٢١٦٣- ولو قال: بعتك هذا العبد بكذا على أنى قد وهبت لك من ذلك كذا، فهو جائز، وهو حط.

وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": لو قال: على أنى أهب لك من ثمنه كذا، لايجوز، وذكر فى "المنتقى": أنه يجوز.

١٢١٦٤- وفى "نوادر هشام": قال سألت محمداً رحمه الله تعالى عن رجل قال لغيره: بعتك هذا الغلام بألف درهم على أنى قد بعتك هذا الآخر بمائة دينار، فقال المشترى: قبلت البيع فى ذلك، فالبيع جائز على الغلامين جميعًا.

١٢١٦٥- وعن محمد رحمه الله تعالى برواية هشام أيضًا: إذا قال: بعتك عبدى هذا [بألف درهم على أن أبيعك هذا الآخر بمائة دينار أن هذا باطل. وإذا قال: بعتك هذا العبد بألف درهم][2]، وعلى أن تقرضنى عشرة جاز البيع، ولا يعتبر قوله: "وعلى أن تقرضنى" شرطًا؛ لأنه ذكر بحرف الواو، فكان معطوفًا على الأول، لا شرطًا. وبمثله لو قال: على أن تقرضنى عشرة، يعتبر ذلك شرطًا حتى يفسد البيع، وهو نظير ما لو كان لرجل أرض بيضاء فيها نخيل، فقال: دفعت إليك النخيل معاملة على أن تزرع [الأرض البيضاء، فسدت المعاملة، واعتبر قوله: على أن تزرع][3] شرطًا للمزارعة فى المعاملة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه الكلمة من النسخة "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "م" و"ظ".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "م" و"ظ".

١٢١٦٦- ولو قال: وعلى أن تزرع الأرض البيضاء، لا تفسد المزارعة، ولم يعتبر ههنا شرطًا، ويعرف عن هاتين المسألتين كثير من المسائل.

ذكر شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده رحمه الله تعالى" هاتين المسألتين فى صلح "المبسوط" فى باب الصلح عن الدين.

١٢١٦٧- وإذا قال المشترى: زدتك فى الثمن مائة على أن تبيعنى بألف درهم، ففعل، جاز البيع، وكان البيع بألف ومائة، وكذلك إذا قال: أهب لك زيادة فى الثمن.

١٢١٦٨- رجل قال لغيره: بع عبدك هذا من فلان على أن أجعل لك مائة درهم جُعلا على ذلك، فباعه من فلان بألف، ولم يكن فى عقدة البيع شرط، فالبيع لازم، والجعل لا يلزم، وإن كان نقده، فله أن يرجع فيه من قبل أن الجعل ليس فى الثمن.

ولو شرط ذلك فى عقدة البيع، فالبيع فاسد، قال: وكذلك الهبة، كذا ذكر المسألة فى "المنتقى" عن أبى يوسف رحمه الله تعالى.

١٢١٦٩- وفى "المنتقى": إذا قال: جعلت لك مائة درهم على أن تبيعنى عبدك هذا بألف درهم، ففعل، بطل البيع للشرط الذى فيه؛ لأن الجعل ليس من الثمن، وكذلك إذا قال: أجعل، وكذلك إذا قال: أهب لك، والمسألة بحالها، وكذلك لو قال: أرشوك مائة درهم على أن تبيع من فلان بألف درهم، فقال: نعم، ثم تبايع هو وفلان، ولم يكن فيه شرطًا، لم يؤخذ الذى رشا بالرشوة.

١٢١٧٠- ولو باع من آخر ثوبًا بعشرة دراهم سحتًا، أو رشوة، فالبيع جائز.

١٢١٧١- وفى "نوادر بن سماعة": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا اشترى من آخر شيئًا على أن يدفعه إلى المشترى قبل أن ينقد المشترى الثمن، فالبيع فاسد.

١٢١٧٢- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل قال لغيره: بعتك عبدى هذا بكذا على أن تعطينى عبدك هذا، أو قال: على أن تجعل لى عبدك هذا، فالبيع فاسد؛ لأن هذا عبدى، على الهبة، وقد شرط [زيادة][1] فى الهبة بيعًا، فوجب فساد البيع، إلا أن يقول: على أن تعطينى عبدك هذا زيادة، فيجوز، ويكون العبد زيادة فى البيع.

١٢١٧٣- إذا قال: أبيعك هذا العبد على أن تبيعه، وتعطينى ثمنه، فالبيع فاسد.

١٢١٧٤- وإذا قال: بعتك عبدى هذا بألف درهم، وعلى أن يخدمنى سنة، أو قال: على أن تخدمنى سنة، فهذا باطل، وكذلك لو قال: أبيعك عبدى بثلاثمائة درهم، وبخدمتك

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه الكلمة من النسخة "ظ".

سنة، أو قال: أبيعك عبدى بخدمتك سنة، فهذا كله باطل.

نوع آخر:

١٢١٧٥- إذا باع برذونًا على أنه هملاج، فالبيع جائز، وإذا اشترى شاة على أنها حامل، أو اشترى ناقة على أنها حامل، فالبيع جائز، ذكره أبو الحسن فى بيوعه؛ لأن المشروط صفة من أوصاف البيع؛ لأن الولد ما دام فى البطن، ففى حق التصرفات المضافة إلى الأم ألحق بسائر أوصافها من اليد والرجل، وصار اشتراط أنها حامل، كاشتراط أنها ذات يد وذات رجل.

وفى "ظاهر الرواية": لا يجوز؛ لأن الحمل فى البهائم زيادة، ولا يدرى وجودها وقت البيع، فكان فيه غررًا، فيفسد به البيع، كما لو باع على أن معها ولد، بخلاف ما لو باع برذونًا على أنه هملاج؛ لأن الوقوف على الشروط ممكن وقت[البيع بالتسيير، أما ههنا بخلافه.

١٢١٧٦- ولو باع شاة على أنها حلوب، فالبيع جائز، كذا ذكر الحسن فى "المجرد"، وكذا ذكر الطحاوى فى اللبون؛ لأن المشروط صفة من أوصاف المبيع، ويمكن الوقوف على وجوده وقت البيع، وصار كما لو باع برذونًا على أنه هملاج، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى، وذكر الكرخى أن البيع فاسد، وهكذا روى ابن سماعة فى نوادره، وبه كان يفتى ظهير الدين المرغينانى رحمه الله تعالى.

١٢١٧٧- وإذا اشترى جارية على أنها ذات لبن، فهذا وما لو اشترى شاة على أنها لبون سواء [فمن قال بفساد البيع ثمه، يقول بفساد البيع ههنا][1]، ووجه ذلك أن المشروط وإن كان من أوصاف البيع، إلا أن هذا وصف لاندرى وجوده وقت البيع، وكان فى البيع غرر، فيكون فاسدًا.

١٢١٧٨- ولو باع شاة على أنها تحلب كذا وكذا، فالبيع فاسد باتفاق الروايات؛ لأن المشروط ليس بصفة فى هذه الصورة، فإنه لم يقل: على أنها حلوب، وإنما قال: على أنها تحلب كذا كذا، فيكون اشتراط اللبن المحلوب، وأنه مجهول على خطر الوجود، فاشتراطه يوجب غررًا فى العقد، فيوجب الفساد، وكذلك لو اشتراها على أنها تضع بعد شهر، فالعقد فاسد، وكذلك لو اشترى سمسمًا، أو زيتونًا على أن فيه كذا من الدهن، فالعقد فاسد.

وإذا اشترى دابة على أنها ذات لبون، فالشراء جائز؛ لأن المشروط [صفة] من أوصاف المبيع، والوقوف عليه ممكن وقت البيع، فهو بمنزلة ما لو اشترى فرسًا على أنه هملاج.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

١٢١٧٩- ولو اشترى جارية على أنها حامل ، فقد قال الفقيه أبو بكر البلخى رحمه الله تعالى : إن المشايخ اختلفوا فى جواز هذا العقد ، بعضهم قالوا : لا يجوز ، كما لو اشترط الحمل فى البهائم .

وهذا القائل يستدل بما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى كتاب البيع : إذا باع جارية ، وتبرأ من الحمل ، يجوز ، فإنما حكم بجواز البيع فى الجارية إذا تبرأ من الحمل ، فهذا دليل على أنه إذا شرط الحمل ، يفسد ، وهذا لأن المشروط مما لايوقف عليه بوقت البيع ، وقال بعضهم : البيع جائز .

قال الفقيه أبو بكر البلخى رحمه الله تعالى : وهذا القول أصح عندى من قبل أن الحبل فى بنات آدم يعد نقصانًا لازيادة ؛ لأنه يوجب ضعفًا فيها ، فاشتراط الحمل يكون تبرئًا من العيب ، ولا يكون اشتراطًا ، كقولك : بعتك هذه الجارية على أنها عوراء ، أو عرجاء ، فالتبرئ عن العيب كما يثبت بلفظ البراءة ، يثبت بالشرط .

وعن الفقيه أبى جعفر رحمه الله تعالى : أن اشتراط الحمل إن كان من جهة البائع ، فهو تبرئ من العيب ، ولا يفسد العقد ، وإن كان من جهة المشترى ، فهو على الحقيقة ، والمشروط على خطر العدم ، فيفسد العقد .

من المشايخ رحمهم الله تعالى من قال : اشتراط الحمل فى الجارية إن كان لأجل الزيادة ، بأن كان يشتريها ليتخذها ظئرًا يفسد البيع ، وإن كان لا يريد اتخاذها ظئرًا ، فاشتراط الحمل على وجه التبرئ ، فيكون البيع جائزًا [وقد ذكر هشام فى "نوادره" : عن محمد ما هو قريب من هذا ، فإنه روى عنه أنه قال : البيع جائز"[(١)] ، إلا أن يظهر المشترى أنه لا يشتريها للظؤورة حينئذٍ لا يجوز البيع .

ذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى رحمه الله تعالى : أن الجارية إن كانت نفيسة ، فالبيع جائز ؛ لأن الحبل فيها عيب ، فاشتراط الحبل فيها تبرئ عن العيب فيجوز ، وإن كانت خسيسة بحيث تشترى ليتخذ ظئرًا ، فالعقد فاسد ؛ لأن الحمل فى مثلها يعد زيادة [قال إلا أن يكون الحبل عيبًا فيها أيضًا ، فيجوز البيع فيها أيضًا][(٢)] .

وإذا اشترى جارية على أنها تحيض ، فوجدها لا تحيض [إن تصادقا على أنها لا تحيض][(٣)] بسبب الإياس كان له الرد ؛ لأنه اشتراها للحبل ، والآئسة لا تحبل .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين : "ظ" و "م" .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م" .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م" .

ولو اشترى جارية على أن البائع لم يكن ليطأها، ثم ظهر أنه قد كان وطئها، وليس له أن يردها.

١٢١٨٠- وإذا باع جارية على أنها مغنية، أو باع قمريًا، أو غيره، وشرط أن يصيح، أو طيرًا بشرط أن يجيء من المواضع البعيدة، أو كبشًا نطاحًا، أو ديكًا مقاتلا، فالبيع فاسد فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وإحدى الروايتين عن محمد رحمه الله تعالى؛ لأن هذه جهات محظورة لكونها جهات تلهى، فإدخالها فى البيع يوجب فساد البيع، ولأن صياح القمرى، وقتال الديك، وأشباه ذلك عسى لا يوجد، والإجبار عليه غير ممكن، وكان المشروط شيئًا لا يقدر على تسليمه، فيوجب فساد البيع.

١٢١٨١- وروى عن محمد رحمه الله تعالى: أنه إذا باع قمريًا على أنها تصوت، فصوتت جاز، لأن هذه خلقة فيها، فيمكن تسليم المشروط، فلهذا قال على هذه الرواية فى المجرم إذا قتل القمرية المُصَوّتة، أنه يضمن قيمتها مصوّتة، بخلاف ما لو قتل صيدًا يجيء من المواضع البعيدة، فإن هناك لا يعتبر قيمة الصفة فى الضمان؛ لأن ذلك ليس بخلقة [هكذا] ذكره القدورى.

وذكر فى "المنتقى" عن محمد رحمه الله تعالى: إذا [باع فاختة، أو قمرية على أنها تصوت، ولم يذكر، فصوتت، فأجاب بالجواز.

وذكر فى "المنتقى": عن محمد رحمه الله فيما إذا][1] اشترى حمامة بحى من الصالحين، أن شريحًا ضمنه قيمة حمامة بحى من الصالحين، وإنما أضمّنه مثل ذلك، ولاأجوزه فى البيع.

١٢١٨٢- وإذا باع كلبًا على أنه يصيد، أو باع بازيًا على أنه يصيد، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: البيع جائز، وعن محمد رحمه الله تعالى روايتان.

وإذا باع جارية على أنها مغنية على وجه التبرئ من العيب، فهو جائز؛ لأن كونها مغنية عيب، والتبرئ عن العيب فى البيع لا يفسد البيع.

١٢١٨٣- وفى "الأصل": إذا باع كلبًا على أنه عقور، أو حمامة على أنها دوارة، لايجوز إلا أن يبين ذلك على وجه العيب، فعلى هذا فى الكبش النطاح، والديك المقاتل، إذا ذكر الصفة على وجه العيب، يجوز البيع.

وذكر فى "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى: إذا باع جارية على أنها مغنية، أن البيع جائز، ولم يشترط بيان ذلك على وجه العيب، قال ثمه: ولا أرد البيع إن كانت تغنى، أو

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "ظ".

لاتغنى؛ لأن هذا عيب تبرأ منه.

١٢١٨٤- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الزيادات": وإذا اشترى الرجل من آخر عبدًا على أنه كاتب، أو خبّاز، فالبيع جائز، فإن قبضه المشترى، فوجده كاتبًا، أو خبازًا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم، لا يكون له حق الرد لوجود المشروط، فإن المستحق بمطلق الشرط أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا النهاية، كما فى صفة السلامة المستحقة بمطلق العقد أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا النهاية فى الجودة، كذا ههنا، وقوله أدنى ما ينطلق عليه الاسم، الكتابة، والخبز، معناه أن يفعل من ذلك أدنى ما يسمى الفاعل خبازًا، أو كاتبًا، وهذا لأن كل واحد فى العادة لا يعجز من أن يكتب على وجه يستبين حروفه، وأن يخبز بقدر ما يدفع الهلاك عن نفسه، وبذلك لايسمى كاتبًا وخبّازًا، فشرط الإتيان بأدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز باعتباره؛ لهذا قال: وإن وجده لا يحسن الكتابة والخبز، ومعناه: أنه لا يعرف من ذلك مقدار ما يسمّى الفاعل به كاتبًا، أو خبازًا، كان للمشترى الرد، فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب، رجع المشترى على البائع بحصته من الثمن، فيقوّم العبد كاتبًا، أو خبازًا، على أدنى ما ينطلق عليه الاسم إذ هو المستحق بالشرط، ويقوّم غير كاتب وخباز، فينظر إلى تفاوت ما بين ذلك، فإن كان مثل العشر يرجع على البائع بعشر الثمن، كما فى خيار العيب وإن كان التفاوت مثلا الخمس يرجع على البائع بخمس الثمن، وسيأتى الكلام فيه فى مسائل العيب -إن شاء الله تعالى-.

وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: أنه ليس للمشترى أن يرجع على البائع ههنا بشىء؛ لأن ثبوت الخيار للمشترى إنما كان بالشرط، لا بالعقد، وتعذر الرد فى خيار الشرط للمشترى لا يوجب الرجوع للمشترى على البائع بشىء، ولكن ما ذكر فى "ظاهر الرواية": أصح؛ لأن ثبوت الخيار للمشترى ههنا ما كان بحكم الشرط، وليس أثر الشرط فى إثبات الخيار للمشترى، بل أثره فى صيرورة المشروط مستحقًا بالعقد، ثم ثبوت الخيار لعجز البائع عن تسليم ما صار مستحقًا للمشترى بالعقد، فصار كعجز البائع عن تسليم صفة السلامة، فإن وقع الاختلاف بين المشترى وبين البائع فى هذه الصورة بعد ما مضى حين من وقت البيع، فقال المشترى: لم أجده كاتبًا ولا خبازًا، وقال البائع: إنى سلمته إليك كاتبًا أو خبازًا، ولكنه نسى عندك، وقد ينسى فى مثل تلك المدة، فالقول قول المشترى، هكذا ذكر المسألة فى بيوع "الجامع"؛ لأن الاختلاف وقع فى وصف عارض؛ لأن الأصل عدم الكتابة والخبز، فيكون القول قول المنكر لهذا الوصف، وهو المشترى.

قال فى "الجامع" أيضًا : وكذلك لو قال البائع : هو الساعة كما شرطت ، وقال العبد : أنا كذلك إلا أنى لا أفعل ، كان القول قول المشترى ، ولا يعتبر قول العبد ، إما أنه لا شهادة له ، أو لأنه شهادة فردت .

وروى ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : أن المشترى إذا زعم أن العبد ليس بخباز ، فإنى أسأل العبد ، فإن قال : لست بخباز رددته .

١٢١٨٥- وإذا اشترى جارية بغير شرط طبخ ولا خبز ، وهى تحسن ذلك ، فنسيت فى يد البائع ردها ؛ لأن الجارية بالعقد صارت مستحقة على الصفة الموجودة ، وصار الاستحقاق بحكم الموجود ، كالاستحقاق بحكم الشرط .

١٢١٨٦- فى "القدورى" : وكذلك إذا اشترى جارية على أنها بكر ، فإذا هى غير بكر ، عرف ذلك بإقرار البائع ، كان للمشترى الخيار لما مر ، فلو امتنع الرد بسبب من الأسباب ، رجع المشترى على البائع بحصة البكارة من الثمن ، فتقوم هى بكرًا ، وتقوم وهى غير بكر ، فيرجع بفضل ما بينهما ، ولكن[1] من الثمن ، ولو شرط الثيابة ، فوجدها بكرًا ، فهى له ، ولا خيار للبائع .

فى "القدورى" : وإن وقع الاختلاف بين البائع والمشترى [فى البكارة] وكان الاختلاف بعد قبض المشترى الجارية ، فقال المشترى : لم أجدها بكرًا ، وقال البائع : كانت بكرًا ، لكن ذهبت البكارة عندك ، كان القول قول البائع مع يمينه ؛ لأن البكارة صفة أصلية فى النساء ، وكان المدعى لوجودها وقت التسليم وهو البائع متمسكًا بالأصل ، لكن يحلف البائع البتة بالله لقد باعها وقبضها المشترى ، وإنها لبكر ، وليس المراد من قول المشترى : لم أجدها بكرًا لامتحان بالوطء ، فإن الوطء مانع من الرد بالعيب ، ولكن معناه أنى علمت أنها ليست ببكر بخبرها ، أو بخبر غيرها .

وهذا إذا وقع الاختلاف بعد قبض الجارية ، فأما إذا وقع الاختلاف قبل قبض المشترى الجارية ، فقال المشترى : هى ليست ببكر ، وقال البائع : هى بكر ، فالقاضى يريها النساء ، بخلاف الوجه الأوّل ؛ لأن هناك اتفقا على عدم البكارة وقت الخصومة ، إنما اختلفا فيما مضى ، ورؤية النساء للحال لا يفيد العلم فيما مضى ، أما هنا اختلفا فى قيام البكارة للحال ، ورؤية النساء فى الحال يفيد العلم فى الحال ، فإن قلن : هى بكر ، ذكر فى "الجامع" أنها تلزم المشترى من غير يمين البائع ؛ لأن شهادة النساء ههنا تأيّدت بمؤيد ، فإن البكارة أصل فى بنات

---

(١) وفى النسخة "م" : ذلك مكان ولكن .

آدم، وشهادة النساء متى تأيدت بمؤيد، صارت كشهادة النساء مع الرجال [على البكارة][١]، ولو قامت شهادة النساء مع الرجال على البكارة، لزمت الجارية المشترى من غير يمين البائع كذا ههنا.

١٢١٨٧- ونظير هذا ما قال فى كتاب الاستحسان: أن امرأة العنين إذا ادعت أنها بكر بعد مضى المدة، وادعى الزوج الوصول إليها، فالقاضى يريها النساء، فإن قلن: هى بكر، تخير من غير يمين الزوج، فقد أثبت الفرقة بشهادتهن من غير يمين الزوج لما تأيدت شهادتهم بمؤيد، فهها كذلك، فإن قلن: إنها ليست ببكر، يلزم المشترى مع يمين البائع بالله أنها لبكر، ولاينقض البيع؛ لأنا جعلنا فى الابتداء القول للبائع، فلو ردت الجارية عليه، إنما ترد لشهادة النساء بانفرادهن، وشهادة النساء بانفرادهن إذا لم تتأيد بمؤيد غير معتبرة لبناء الأحكام عليها، وهذا على أصل أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ظاهر؛ لأن عنده شهادة النساء حجة ضرورية، وليس من ضرورة الثيابة الرد، لجواز أنها كانت ثيبًا وقت البيع، وعلم المشترى بذلك، ورضى به، فلم تثبت الثيابة بشهادتهن فى حق الرد، فأما على قولهما: فشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال حجة مطلقة، فينبغى أن يثبت الثيابة بشهادتهن فى حق الفسخ.

[وقد روى عن محمد فى "النوادر" فى هذا الفصل: أنه يثبت الثيابة بشهادتهن فى حق الفسخ][٢] على قياس قولهما، فعلى هذا يحمل ما ذكر ههنا على أنه قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه [وفائدة شهادة النساء ههنا على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى][٣] توجّه اليمين على البائع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، فإن قبل شهادتهن كان لا يتوجه اليمين على البائع، والآن يتوجه، والوجه فى هذا أن دعوى المشترى الثيابة على البائع لم يعتبر فى حق توجه اليمين [على البائع] عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنه عارض دعوى المشترى ما يبطلها، وهو كون البكارة أصلا فى بنات آدم، وقد بطل [اعتبار] هذا الأصل بمعارضة شهادة النساء، بقى دعوى المشترى معتبرًا فى حق توجه اليمين على البائع، فإن نكل البائع، ردت الجارية عليه، وإن حلف انقطعت الخصومة، ولزم المشترى [الجارية] أما قبل شهادة النساء، لم يبطل كون البكارة أصلا، فبقيت المعارضة بينها وبين دعوى المشترى، فلا يعتبر دعوى المشترى فى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبت هذا من النسخة "ظ".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من النسخ التى عندنا.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من النسخ التى عندنا جميعًا.

حق توجه اليمين على البائع، فإن لم يكن بحضرة القاضى من النساء من يثق بقولها: ألزمت الجارية المشترى من غير يمين البائع، لما ذكرنا أن دعوى المشترى من غير شهادة النساء غير معتبر فى حق توجه اليمين على البائع.

ولو كان المشترى اشترى عبدا على أنه كاتب، أو خباز، فلم يقبضه المشترى، حتى قال: ليس هذا كما شرطت، لا يجبر على قبضه.

١٢١٨٨- ولو اشترى جارية على أنها بكر، فقال المشترى قبل القبض: ليس هذا كما شرطت لى، يجبر على قبضها؛ لأن فى الفصل الأول القول قول المشترى، فلايفيد الجبر على القبض، وفى الفصل الثانى القول قول البائع، فيفيد الجبر على القبض.

١٢١٨٩- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الزيادات": وإذا اشترى قوصرة تمر على أنه فارسى، فإذا هو دقل، حتى ثبت له حق الرد، لو امتنع الرد بسبب من الأسباب، يقوم فارسيًا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم، ويقوم دقلا على هيئة، ويرجع بفضل ما بينهما، ولكن من الثمن، وكذا إذا اشترى قوصرة تمر فارسى على أنه جيد، فإذا هو ردىء، وقد امتنع الرد بسبب من الأسباب، يقوم فارسيًا جيدًا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم، ويقوم رديا كما هو، فيرجع بفضل ما بينهما.

١٢١٩٠- وإذا اشترى أرضًا على أن خراجها على البائع أبدًا، فهذا على وجهين: إما إن شرط جميع الخراج على البائع، وفى هذا الوجه، البيع فاسد؛ لأنه شرط شرطًا لا يقتضيه العقد؛ لأنه شرط قضاء دين المشترى، والعقد لا يقتضيه، ولا يلائمه، وإنه غير متعارف، وللمشترى فيه منفعة، فيوجب فساد العقد.

[وإما إن شرط بعض الخراج على البائع][1]، وإنه على وجهين أيضًا: إن كان المشروط على البائع ما هو من أصل الخراج، فالعقد فاسد؛ لما قلنا.

وإن كان المشروط على البائع ما هو زائد على أصل الخراج، فالبيع جائز؛ لأنه شرط فى البيع أن لا يجب تحمل الظلم على المشترى، وهذا ثابت بدون الشرط.

١٢١٩١- وفى "فتاوى أبى الليث": وإذا اشترى ضيعة مع خراج درهم، وخراجها ثلاثة دراهم، فإن كان المشترى عالمًا بأن خراجها ثلاثة دراهم، فالعقد فاسد؛ لأن هذا بيع يشترط أن يجب بعض الخراج على البائع، وهذا شرط فاسد؛ لما مر، وإن لم يعلم المشترى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ التى عندنا.

بذلك، فالبيع صحيح، وللمشترى الخيار إن شاء قبلها بخراجها[١]، وإن شاء تركها، وقد قيل: إذا كان المشترى يعلم أن خراجها ثلاثة دراهم، إنما يفسد العقد إذا كان الدرهم الثانى والثالث من أصل خراجها، أما إذا كان خراجها فى الأصل درهمًا، وزيد عليه بعد ذلك درهمان، يجب أن لا يفسد العقد، كما فى المسألة الأولى، إذ المعنى لا يوجب الفصل.

١٢١٩٢- وفى "فتاوى الفضلى": إذا باع أرضًا على أن خراجها درهم، فإذا خراجها ثلاثة دراهم، فالعقد فاسد، ذكر المسألة مطلقة من غير فصل بين ما إذا علم المشترى أن خراجها ثلاثة دراهم، أو لم يعلم، ويجب أن تكون المسألة على التفصيل الذى ذكرناه فى مسألة "فتاوى أبى الليث".

١٢١٩٣- ولو اشترى أرضًا بغير خراج، والأرض خراجية، فالبيع فاسد، وهذا إذا كانت الأرض خراجية فى الأصل، فأما إذا لم تكن خراجية فى الأصل، ثم وضع عليها الخراج ظلما، فالبيع يكون جائزًا، وإذا كانت الأرض خراجية فى الأصل، فإنما يفسد العقد إذا علم المشترى أنها خراجية على ما ذكرنا.

وسئل القاضى الإمام ركن الإسلام على السغدى رحمه الله تعالى عن أرض خراجها عشرة، فباعها مالكها مع خراج خمسة عشر، زاد عليها من خراج أرض أخرى، قال: البيع فاسد، وكذا فى جانب النقصان، هكذا أجاب، والجواب فى جانب النقصان مؤوّل، تأويله ما ذكرنا.

فسئل[٢] وإن لم يعلم مقدار أصل الخراج على هذه الأرض، واختلف البائع والمشترى فى المقدار، فادعى المشترى أقل، وادعى البائع أكثر، هل ينظر إلى خراج مثل هذه الأرض فى تلك القرية، وإن أراد المشترى أن يحلف البائع ما يعلم أن أصل الخراج[٣] كذا، له ذلك، قال: الخصم فى الخراج نائب السلطان.

فسئل: وما قوله إن كانت البلدة خراجية، إلا أنه لا يعلم كيف وضع أصل الخراج، غير أنهم يوزعون الخراج على الشرب، بذلك جرى العرف بينهم فى القديم، فباع رجل أرضًا بغير خراج، أو بخراج قليل، هل يجوز؟ قال: هذا عرف مخالف لحكم الشرع.

---

(١) وفى "م": إن شاء قبلها بخراج لها كلها.

(٢) وفى "م": قيل.

(٣) وفى "م": أن أصل خراج هذه الأرض كذا له.

١٢١٩٤- [وإذا باع أرضًا، وقال: إن خراجها كذا، ثم ظهرت الزيادة، فالبيع جائز، وهل يكون له الرد إذا ظهرت، إن كانت الزيادة شائعة يعدها الناس عيبًا، فله الرد][١].

١٢١٩٥- إذا اشترى أرضًا أو دارًا بعشرة على أنها حرة عن النوائب، فإذا يطالب المشترى بالنوائب، فله أن يردها على البائع، إن كان حيًا، وعلى ورثته، إن كان ميتًا، وكذلك إذا اشتراها على أن قانونها نصف دانق، فإذا هو أكثر، فله أن يردها، ثم هذا البيع جائز، بخلاف ما إذا اشترى الأرض على أنه لا خراج عليها، أو على أن خراجها درهم، فإذا هو أكثر، فالعقد فاسد؛ لأن الخراج حق، وهو دين كسائر الديون، فقد شرط المشترى على البائع قضاء دين المشترى، فأما المؤنات والجنايات، فالمشترى شرط فى العقد أن لا يتحمل الظلم، وهذا ثابت بدون الشرط.

١٢١٩٦- وإذا باع أرضًا على أنها متطورة عن القانون، أو على أنها مصونة عن الخراج، أو على أن لا يؤخذ منها الخراج[٢]، فالعقد فاسد، كما إذا باع على أن لا يغصبها غاصب.

١٢١٩٧- إذا باع من آخر حانوتًا على أن غلتها عشرون، فإذا هى خمسة عشر، فإن أراد بذلك أنها [كانت تغل فيما مضى كذا، فهذا شرط لا ينتفع به أحد، فلا يفسد به العقد، وإن أراد بذلك أنها][٣] تغل فى المستقبل عشرين، وجعل ذلك شرطًا فى العقد، فالعقد فاسد؛ لأن هذا شرط شىء هو منتفع، وفى وجوده غرر، وإن أطلق، ولم يفسر، ولم يرد به شيئًا، فالعقد فاسد، وهو محمول على المستقبل؛ لأن مراد الناس من هذا فى عرفهم، وعاداتهم المستقبل، فيحمل عليه.

١٢١٩٨- وفى "فتاوى أهل سمرقند": إذا اشترى من آخر سكنى له، فى حانوت رجل مركبًا بمال معلوم، وقد آجره بائع السكنى، إن آجره هذا الحانوت سنة، فإذا ظهر أن أجرته عشرة ليس له أن يرد على البائع، وإن لم يسلم له شرط؛ لأنه إنما لم يسلم له شرطه فى غير المشترى، قال: وللمالك أن يكلف المشترى رفع السكنى، وإن كان على المشترى ضرر؛ لأنه شغل ملكه.

١٢١٩٩- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل": إذا اشترى الرجل من آخر طعامًا

---

(١) هكذا فى "م".

(٢) وفى "م": الجناية بدلا من الخراج.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بطعام، أو بغيره مما يكال أو يوزن، وشرط عليه أن يوفيه إياه فى منزله، أو شرط عليه أن يحمله إلى منزله، فهذا على وجهين: إما إن اشتراه فى المصر، أو خارج المصر، وقد اشتراه بمثله من جنسه، أو بخلاف جنسه، ففيما إذا شرط عليه الحمل إلى منزله، فإن البيع يفسد إذا اشتراه فى المصر، أو خارج المصر، اشتراه بجنسه، أو بخلاف جنسه؛ لأنه شرط فى البيع ما لايقتضيه البيع؛ لأن حمل البائع المبيع إلى منزل المشترى ليس من قضايا البيع، ألا ترى أن بدون الشرط، لا يجب على البائع الحمل إلى منزل المشترى، وإنما يجب عليه التسليم فى مكان العقد إذا كان المبيع فيه، فهو معنى قولنا: إنه شرط ما لا يقتضيه العقد، وللمشترى فيه منفعة، ومثل هذا الشرط يوجب فساد البيع.

وإن شرط الإيفاء فى منزله، إن اشتراه خارج المصر، ومنزله فى المصر، فالعقد فاسد، سواء اشتراه بجنسه، أو بخلاف جنسه؛ لأنه شرط فى البيع ما لايقتضيه البيع؛ لأن البيع يقتضى التسليم فى مكان البيع، إذا كان المبيع فيه، ومتى كان العقد خارج المصر، لا يكون منزله فى المصر مكان العقد فى حق الإيفاء، لا حقيقة، وهذا ظاهر، ولا حكمًا؛ لأن خارج [المصر] مع المصر لم يجعل كمكان واحد فى حق الإيفاء شرعًا، ألا ترى أن فى باب السلم لو شرطا الإيفاء فى المصر، فأراد المسلم إليه أن يسلم خارج المصر، ليس له ذلك، ولا يجبر رب السلم على القبول.

فأما إذا اشتراه فى المصر، وشرط الإيفاء فى منزله، ومنزله فى المصر، إن شاء اشتراه بجنسه، بأن اشترى حنطة بحنطة، فإن العقد فاسد؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الحنطة بالحنطة مثلا بمثل والفضل ربا»[1]، فقد جعل الفضل على المماثلة من حيث الكيل ربا بلا فضل بين فضل وفضل، فهو على الكل، وقد شرط المشترى فضلا لنفسه، وهو الإيفاء فى منزله.

فأما إذا اشتراه فى المصر بخلاف جنسه، وشرط الإيفاء فى منزله، ومنزله فى المصر، فالقياس أن يكون البيع فاسدًا، وبالقياس أخذ محمد رحمه الله تعالى، وفى الاستحسان، البيع جائز، وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى، وجه القياس فى ذلك أنه شرط فى العقد ما لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، فيفسد العقد، كما لو اشتراه خارج المصر، أو اشتراه فى المصر بجنسه، أو شرط الحمل إلى منزله.

بيانه: أن العقد حقيقة يقتضى تسلم المبيع فى مكان البيع، إذا كان المبيع فيه، ومنزل المشترى ليس مكان العقد حقيقة، وهذا ظاهر، وكذلك حكمًا؛ لأن خارج المنزل مع المنزل لم

---

(١) مضى تخريجه.

يجعل فى حكم مكان واحد فى حق الإيفاء شرعًا، ألا ترى أن فى باب السلم لو شرط الإيفاء فى [منزل رب السلم، فأراد المسلم إليه أن يسلم خارج المنزل، ليس له ذلك، فكان اشتراط الإيفاء فى][1] منزله اشتراط الإيفاء فى غير مكان العقد، والعقد لا يقتضى ذلك، وجه الاستحسان أنه شرط فى البيع ما يقتضيه البيع؛ لأنه شرط الإيفاء فى مكان البيع، والمصر مع اختلاف أماكنها جعل كمكان واحد فى حق الإيفاء، أصله مسألة السلم، فإن فى باب السلم إذا شرطا الإيفاء فى المصر جاز، وإن لم يبين محله فى المصر، وهذا يبين لك أن المصر كله جعل كمكان واحد فى حق الإيفاء، وإذا صار هكذا، صار منزله بمنزلة مكان العقد حكمًا فى حق الإيفاء، واشتراط الإيفاء فى مكان العقد مما يقتضيه العقد.

وأما إذا شرط الحمل إلى منزله، فهناك شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأن العقد لا يوجب الحمل إلى منزل المشترى.

وأما إذا اشترى خارج المصر، قلنا: هناك شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأنه [شرط الإيفاء فى غير مكان العقد على ما مر، وأما إذا اشتراه بجنسه، قلنا: هناك شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأن][2] منزله ليس مكان العقد فى حق الإيفاء متى حصل الشراء بجنسه، وهذا لأن منزله مكان العقد فى حق الإيفاء حكمًا لا حقيقة؛ لأن العقد لم يوجد فى منزله حقيقة، فاعتبرناه مكان العقد فى حق الإيفاء متى حصل الشراء بخلاف الجنس عملا بالحكم، ولا نعتبره مكان العقد فى حق الإيفاء متى حصل الشراء بالجنس عملا بالحقيقة، وإنما فعلنا هكذا؛ لأنا لو علمنا بالحقيقة متى حصل الشراء بالجنس، ونفينا الربا، يلزمنا العمل بالحقيقة متى حصل الشراء، بخلاف الجنس؛ لأن اختلاف الجنس أنفى للربا من اتفاق الجنس، فحينئذٍ يتعطل العمل بالشبهين، فعملنا على الوجه الذى قلنا، ليمكننا العمل بالشبهين.

١٢٢٠٠- وفى "الزيادات": إذا اشترى وقر حطب فى المصر، فعلى البائع أن يأتى به إلى منزل المشترى، ولو هلك فى الطريق، يهلك من مال البائع، وإنما يجب على البائع ذلك؛ لأن الإتيان به إلى منزل المشترى مشروط عرفًا، ولكن يجعل المشترى شارطًا الإيفاء فى منزله، لا شارطًا الحمل؛ لأن شرط الحمل يفسد العقد، وشرط الإيفاء لا يفسد العقد عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى عندنا.

وفى "فتاوى أبى الليث": أن التفاوت بين لفظة الحمل والإيفاء فى العربية، فأما فى الفارسية، فلا تفاوت، ففى كل موضع جاز شرط الإيفاء فى العربية، يجوز شرطها بالفارسية.

١٢٢٠١- ولو اشترى حطبًا فى قرية من رجل شراءً صحيحًا، وقال: موصولا بالشراء من غير شرط فى الشراء اِحملِه إلى منزلى، لا يفسد العقد؛ لأن هذا ليس بشرط فى البيع، بل هو كلام مبتدأ بعد تمام البيع، فلا يوجب فساد العقد.

[وفى متفرقات الفقيه أبى جعفر: إذا اشترى حطبًا على ظهر الدابة، وشرط على البائع تسليمه عند بيت المشترى، فالبيع جائز، وإن اشتراه على الأرض، وشرط حمله إلى منزله لايجوز][1].

١٢٢٠٢- فى "فتاوى أهل سمرقند": إذا اشترى خفًا به خرق على أن يخرزه البائع جاز؛ لأنه عمل الناس، وكذلك إذا اشترى من خلقانى ثوبًا، وبه خرق على أن يخيطه، ويجعل عليه الرقعة؛ لما ذكرنا.

١٢٢٠٣- وإذا اشترى من كرباسى كرباسًا على أن يقطعه قميصًا، ويخيطه، لايجوز؛ لأنه لاتعامل فى هذا، وإذا اشترى دارًا، وشرط مع الدار الفناء، ذكر فى "الواقعات": أن البيع فاسد؛ لأن الفناء لا يصير مملوكًا للمشترى، فكان هذا شرطًا فاسدًا فى بيع الدار.

١٢٢٠٤- وفى بيوع "المنتقى": إذا باع الرجل دارًا، وكتب بحقوقهاوفناءها، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: العقد فاسد، قال ابن سماعة: قال محمد رحمه الله تعالى: وأظنه قول أبى يوسف رحمه الله تعالى أن البيع جائز، وقال: وليس هذا عندنا على معنى التمليك منه الفناء، وقد علم أن الفناء لا يبيعه الرجل من داره.

نوع آخرفى شرط الأجل:

١٢٢٠٥- إذا شرط الأجل فى بيع العين، فسد العقد، وإن شرط الأجل فى الثمن، والثمن دين، فإن كان الأجل معلومًا، فالبيع جائز، وإن كان الأجل مجهولا، فالبيع فاسد، وهذا لأن القياس أن يكون الأجل مفسدًا للعقد فى مواضع أجمع؛ لكونه مغيرًا مقتضى العقد، وإنما جوزناه تيسيرًا للأمر على الناس، وتخفيفا عليهم ليكتسب من له[2] الأجل ما عليه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٢) وفى "ف": من ماله مكان من له.

فى يده[١] الأجل، فيؤدى عند محل الأجل [وهذا المعنى يتحقق فى الديون دون الأعيان، فبقى الأجل فى الأعيان على أصل القياس، وإنما كان الأجل][٢] المجهول فى الدين مفسدًا للعقد؛ لأن الجهالة فى الأجل تفضى إلى منازعة مانعة من التسليم والتسلم، ومثل هذه الجهالة تفسد العقد، والأجل المجهول أن يبيع إلى الحصاد والدياس؛ لأن وقت الحصاد والدياس] يتقدم فى بعض البلدان، ويتأخر فى البعض، فالبائع يطالب المشترى بالثمن محتجًا [عليه بدخول وقت الحصاد فى بعض المواضع، والمشترى يمتنع عن الأداء محتجّا][٣] بعدم دخول وقت الحصاد فى بعض المواضع فيتنازعان، وكذلك إذا باعه إلى وقت قدوم الحاج؛ لأن قدوم الحاج قد يتقدم وقد يتأخر؛ لأن ذلك فعلهم، وكذلك إذا باعه إلى وقت خروج العطاء. فإن العطاء قد يتقدم، وقد يتأخر][٤].

وما روى عن عائشة رضى الله تعالى عنها: أنها كانت تجيز البيع إلى وقت خروج العطاء، فتأويله عندنا أن الخلفاء فى زمانها كانوا لا يخلفون الميعاد، وكان لايتقدم خروج العطاء، ولا يتأخر حتى إن فى زماننا لو لم يتقدم ولم يتأخر، نقول: بالجواز أيضًا.

وكذلك إذا باع إلى صوم النصارى؛ لأن صومهم يتقدم وقد يتأخر، فإن كانوا دخلوا فى الصوم، فباع إلى فطرهم جاز؛ لأنه لما عرف ابتداء وقت الصوم، ومدته معلومة، صار الأجل معلومًا، وهذا كله، إذا حصل البيع إلى هذه الآجال، أما إذا باشر البيع مطلقًا، ثم إن البائع أجّل المشترى فى الثمن إلى هذه الآجال، صح التأجيل.

ورواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى نصًا: وهذا لأن الأجل إذا لم يكن مشروطًا فى البيع، لا يكون من نفس البيع[٥]، وكان تأثير الأجل فى تأخير المطالبة إلى هذه الآجال، وتأخير المطالبة إلى هذه الآجال صحيح كما فى الكفالة، فإن أجله إلى مهب الريح، فهو باطل.

١٢٢٠٦- وإن قال فى رجب: أجلتك إلى رجب، فهو على الرجب القابل، وإن قال: إلى انسلاخه، فإلى انسلاخ هذا الرجب، ثم فى باب البيع من له الأجل إذا سقط الأجل قبل

---

(١) والنسخة "ف": فى مدة مكان "فى يده".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى عندنا.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من النسخ التى عندنا جميعًا.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ التى عندنا كلها.

(٥) وفى النسخة "م": لا يكون مفسدا للبيع.

دخول وقت الحصاد والدياس، انقلب العقد جائزًا استحسانًا عند علماءنا الثلاثة، خلافًا لزفر والشافعى، وعلى هذا الاختلاف إذا باع بشرط الخيار إلى الأبد حتى فسد العقد بلا خلاف، ثم إن من له الخيار أسقط الخيار قبل مضى الثلاثة، ينقلب العقد جائزًا عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعندهما فى أى وقت أسقط الخيار، ينقلب العقد جائزًا، وعلى هذا إذا باع بشرط الخيار أربعة أيام، حتى فسد العقد عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، ثم إن من له الخيار أسقط الخيار قبل مضى الثلاث، ينقلب العقد جائزًا.

واختلفت عبارة المشايخ فى جنس هذه المسائل، فعبارة أهل العراق أن العقد فاسد، ويرتفع الفساد بحذف الشرط، ويرفع المفسد، وعبارة أهل خراسان أن العقد موقوف، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فى مسألة الخيار، أو دخل وقت الحصاد فى بعض البلدان، يفسد.

وذكر أبو الحسن الكرخى نصًّا: عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فى مسألة الخيار[1] أن البيع موقوف على إجازة المشترى فى المدة، وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة، ومعنى هذا أن الخيار للمشترى، فيكون ولاية الإلزام له، ولكنه لما كان العقد موقوفًا، يتمكن البائع من الفسخ؛ لأن كل واحد من المتعاقدين متمكن من فسخ العقد الموقوف، وأجمعوا ما إذا باع بألف رطل من خمر، أو باع إلى أن يهب الريح، أو إلى أن يمطر السماء، ثم إن من له الخمر، ومن له الأجل أسقط الخمر والأجل، لا ينقلب العقد جائزًا، هذا هو المذكور فى عامة النسخ.

وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى شرحه فى باب البيوع: إذا كان فيها شرط أنه إذا باع بألف ورطل من خمر، ثم اتفقا على إسقاط الخمر، أن العقد ينقلب جائزًا، ولكن لا ينفرد أحدهما بالإسقاط، بل يشترط اتفاقهما على الإسقاط، وفى البيع إلى أجل مجهول ينفرد من له الأجل بالإسقاط.

١٢٢٠٧- ومن جملة الآجال المجهولة أن يبيع إلى النيروز والمهرجان، وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى مسألة النيروز والمهرجان فى "الجامع الصغير"، وأجاب بالفساد مطلقًا، وذكر فى "الأصل" وقال: إن كان لا يعرف بأن كان يتقدم ويتأخر، لا يجوز كما فى الحصاد والدياس، وإن كان معروفًا بالأيام بحيث لا تتقدم ولاتتأخر، يجوز.

وقد ذكر الكرخى فى كتابه قريبًا مما ذكر فى "الأصل": فإنه قيّد الجواب بالفساد بما إذا كان المتعاقدان لا يعرفان وقته، أو جهله أحدهما، والصحيح من الجواب فى هذه المسألة أنهما إذا لم يبينا نيروز المجوس، أو نيروز السلطان، فالعقد فاسد، وإذا بينا أحدهما، وكانا يعرفان

---

(١) وفى النسخة "م": عن أبى حنيفة رحمه الله، وفى بعض البلدان فى مسألة الخيار.

وقته، لا يفسد العقد، والبيع إلى الميلاد فاسد، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب، فإن كان المراد منه ميلاد البهائم، فالجواب على ما أطلق فى الكتاب؛ لأنه مما يتقدم ويتأخر، وإن كان المراد منه ميلاد عيسى عليه الصلاة والسلام، فما ذكر من الجواب محمول على ما إذا لم يعرفا وقته.

١٢٢٠٨- وإذا باع من آخر شيئًا بألف درهم، وهما ببخارى على أن يوفيه الثمن بسمرقند مثلا، لا يجوز، ولو باعه بألف درهم إلى شهر على أن يوفيه الثمن بسمرقند، يجوز، سواء كان الثمن شيئًا له حمل ومؤنة، أو كان شيئًا لا حمل له ولا مؤنة.

١٢٢٠٩- ولو استقرض من آخر ألف درهم ببخارى على أن يوفيه مثلها بسمرقند، أو استقرض من آخر ألف درهم ببخارى إلى شهر على أن يوفيه مثلها بسمرقند، لايجوز، فقد فرق بين الاستقراض وبين البيع، فيما إذا شرط مع بيان مكان الإيفاء أجلا معلومًا، والفرق أن الأجل فى القرض لا صحة له معلومًا، كان الأجل أو مجهولا، فصار ذكر الأجل وعدمه بمنزلة، ولو لم يشترط الأجل فى القرض، وشرط أن يوفيه بسمرقند، لا يجوز؛ لأنه قرض جر منفعة.

وفى باب البيع الأجل المعلوم صحيح، وبيان مكان الإيفاء مع الأجل لا يفسد العقد لفقه أنه إذا ذكر أجلا معلومًا مع بيان مكان الإيفاء، لا يكون شرط الإيفاء فى ذلك المكان على وجه التأجيل، وإنما يكون التخصيص القبض بذلك المكان، فلايفسد العقد، وأما إذا لم يذكر مع بيان مكان الإيفاء أجلا معلومًا، كان ذكر بيان مكان الإيفاء على وجه التأجيل، وأنه يفسد العقد؛ لأنه أجل مجهول؛ لأنه لايدرى فى أى قدر من المدة يأتى سمرقند، فيكون أجلا مجهولا، ثم إذا صح العقد مع الأجل المعلوم، وحل الأجل، فإن كان الثمن شيئًا له حمل ومؤنة، لايطالبه إلا فى مكان الإيفاء باتفاق الروايات، وإن كان الثمن شيئًا ليس له حمل، ولا مؤنة، فعلى ما أشار إليه فى بيوع الأصل، وهى رواية الطحاوى عن أصحابنا رحمهم الله تعالى: لا يطالبه إلا فى مكان الإيفاء، وعلى رواية كتاب الإجارات وكتاب الصرف: يطالبه فى أى مكان شاء، ويلغو شرط الإيفاء فى ذلك المكان؛ لأنه إنما يراعى من الشرائط ما يفيد، لا ما لا يفيد، ولا يفيد تعيين مكان الإيفاء إذا لم يكن له حمل ومؤنة.

فإن قيل: على رواية كتاب الإجارات وكتاب الصرف: إذا لغا هذا الشرط، إذا لم يكن للثمن حمل ومؤنة، ينبغى أن يصح البيع إذا لم يشترط مع بيان مكان الإيفاء أجلا معلومًا، قلنا: تحت هذا الشرط شيئان: تأخير المطالبة إلى أن يأتى سمرقند، وتعيين مكان الإيفاء،

وتعيين سمرقند مكانًا للإيفاء، لا يفيد فيما ليس له حمل ومؤنة، فيلغو هذا الشرط فى تعيين سمرقند مكانًا للإيفاء؛ لأنه لا يفيد، إذا لم يكن له حمل ومؤنة، وأما فى أن تتأخر المطالبة إلى أن يأتى سمرقند مفيد؛ فإن من عليه ينتفع به، فيعتبر هذا الشرط فى حق تأخير المطالبة إن لم تعتبر فى حق تعيين مكان الإيفاء.

وفى "القدورى": إذا لم يذكر فى الثمن أجلا، فسد العقد فى قول محمد رحمه الله تعالى، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف، وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى رواية أخرى: أن القياس أن يجوز العقد؛ لأن هذا الكلام عادة يذكر لتخصيص القبض بمكان لا للتأجيل، فإذا أمكن الحمل على وجه الصحة، لا يحمل على وجه الفساد، لكنه استحسن فيما له حمل ومؤنة أن يفسد العقد؛ لأن تسليم الثمن لا يجب فى غير ذلك المكان، فيعتبر فى معنى التأجيل، فأما فيما ليس له حمل ومؤنة، لا يفسد العقد؛ لأن فيما لا حمل له ولا مؤنة يطالبه حيث يشاء، فلا يصير شرط التسليم فى مكان معين فى معنى التأجيل، بل يلغو ذكر الشرط، ويصير كأنه أطلق العقد.

١٢٢١٠- فى "نوادر بشر": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أن اشتراط إيفاء الدراهم فى عقد البيع فى بلد آخر لا حكم له، إن كان له حمل ومؤنة، أو لم يكن، وله أن يأخذه بها، إذا حل أجلها حيث لقيه، وللمطلوب أن يقبضه حيث لقيه، وإن كره ذلك الطالب، وإن لم يكن للمال أجل، فهو سواء فى القياس، غير أنى أستحسن إذا فسد البيع، إذا كان له حمل ومؤنة للشرط الذى فيه من الحمل والمؤنة.

١٢٢١١- وفى "مجموع النوازل": رجل باع من آخر ثوبًا بعينه ببغداد على أن يوفى المشترى الثمن أخ البائع بسمرقند، فالبيع فاسد؛ لأنه يوهم اشتراط الثمن لغير البائع، وهو الأخ، واشتراط الثمن لغير البائع، أو على غير المشترى يوجب فساد البيع.

وإن صورة المسألة فيما إذا كان الثمن للبائع، والأخ وكيله بالقبض، فالبيع فاسد أيضًا؛ لأن فيه أجلا مجهولا على نحو ما بيناه.

١٢٢١٢- وفيه أيضًا: رجل باع عبدًا بألف درهم على أن ينقده خمسمائة عند مضى شهر، فقال البائع: أنا أطلب منك جميع الثمن، فالبيع فاسد لجهالة الأجل؛ لأنه لا يدرى ما ذا يمكنه تسلمه عند كل أسبوع؟وفيه نظر؛ لأن هذا بمنزلة ما لو باع على أن نصف الثمن مؤجل إلى شهر، والنصف بعد، وذلك جائز، فههنا كذلك.

١٢٢١٣- وفى "المنتقى": إذا باع عبدًا على أن يؤدى ثمنه يوم القيامة، فقال المشترى:

أودى الثمن فى الحال، جاز البيع -والله أعلم-.

نوع آخر:

١٢٢١٤- إذا باع من آخر شخصًا على أنها جارية، وأشار إليه، فإذا هو غلام، فلا بيع بينهما، وهذا استحسان، أخذ به علماءنا رحمهم الله تعالى، والقياس أن ينعقد البيع، ويكون للمشترى الخيار، والأصل فى هذه المسألة، وما يجانسها أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا فى العقد، فوجد المشار إليه على خلاف المسمّى، إن كان الخلاف من حيث الجنس، فالبيع باطل، حتى إن من باع من آخر فصّا على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج، كان البيع باطلا فى هذه الصورة؛ لأن المشار إليه إذا كان من خلاف جنس المسمى، فالعقد يتعلق بالمسمى، ويلغو الإشارة، فإذا كان المسمّى معدومًا، كان البيع معدومًا، والبيع على المعدوم باطل، وإنما كانت العبرة للتسمية فى هذه الصورة، إذ لا يمكن العمل بالإشارةوالتسمية معًا فى هذه الصورة؛ لأن الإشارة توجب تعلق العقد بالمشار إليه، وهو الزجاج، والتسمية توجب تعلق العقد بالمسمى، وهو الياقوت، والعقد الواحد لا يجوز أن يتعلق بالياقوت والزجاج بكل واحد منهما على الانفراد فى وقت واحد، فلا بد من العمل بأحدهما، وإلغاء الآخر، فنقول: العمل بالتسمية، وإلغاء الإشارة أولى من العمل على العكس؛ لأن الإشارة مع التسمية إن استويا من حيث إن التسمية كما تقطع الشركة، فالإشارة تقطع الشركة بين المسمى وغيره من خلاف الجنس، ومن حيث إن التسمية إن كانت تعرف المالية والإشارة لا يعرفها، فالإشارة تقطع الشركة بين المشار إليه وغيره من جنسه، والتسمية لا تقطع الشركة بين المسمى وبين غيره من جنسه، فاستويا من هذا الوجه، إلا أن ما فى التسمية من تعريف المالية فوق ما فى الإشارة من التعريف بقطع الشركة بين المشار إليه وبين غيره من جنسه؛ لأن الماهية مقصودةبعينها، وقطع الشركة بين المشار إليه وبين غيره من جنسه مقصود، لإمكان التسليم لا بعينه، ولا شك أن المقصود بعينه فوق المقصود بغيره، فرجحت التسمية على الإشارة من هذا الوجه، فوجب العمل بها دون الإشارة عند تعذر العمل بها، والتقريب ما ذكرنا.

١٢٢١٥- وإن كان المشار إليه من جنس المسمى إلا أنه يخالفه فى الصفة، فالعقد جائز، وللمشترى الخيار إن رآه، كما لو اشترى فصّا على أنه ياقوت أحمر، فإذا هو ياقوت أصفر، فالبيع جائز، وللمشترى الخيار إذا رآه؛ لأن المشار إليه إذا كان من جنس المسمى، فالعبرة للإشارة؛ لأن المسمى وجد فى المشار إليه، وما هو المقصود من التسمية، وهو تعريف المالية،

قد حصل ؛ لأن المشار إليه ياقوت كالمسمى ، فصار حق التسمية مقضيّا ، بقيت[1] الإشارة لتعيين الذات ؛ لأن المسمى شائع فى الجنس ، والإشارة تعيّنه ، فكان فى الإشارة زيادة تعريف فى هذه الصورة ، فكانت العبرة للإشارة حال اتفاق الجنس ، وتلغو التسمية ، فكأنه أشار فى البيع ، ولم يسمّ ، وهناك ينعقد العقد على المشار إليه ، فههنا كذلك ، إلا أنه يثبت للمشترى الخيار ؛ لأنه شرط له زيادة وصف فى المشار إليه ، حيث قال : على أنه أحمر ، كأنه قال من الابتداء : بعتك هذا على أنه أحمر ، فإذا وجده أصفر ، فقد فات الوصف المذكور فى المشار إليه ، فلهذا كان له الخيار ، وصار كما لو قال : بعت منك هذا العبد على أنه كاتب ، أو خباز ، ولم يسم العبد ، فوجده غير كاتب وغير خباز ، وهناك يجوز العقد ، ويكون للمشترى الخيار ، كذا ههنا .

إذا ثبت هذا ، جئنا إلى بيان مسألتنا ، وأنها على القياس والاستحسان ، وبيان وجه الاستحسان أن الذكر مع الأنثى من بنى آدم جنسان مختلفان ؛ لأن اختلاف المجانسة بين الشيئين باختلاف الصورة والمقصود ، فالصور فى بنى آدم مختلفة ، وهذا ظاهر ، وكذلك المقصود مختلف ، فإن ما يبتغى من الذكر من الزراعة والجهاد لا يبتغى من الأنثى ، وما يبتغى من الأنثى من الغزل والطبخ والاستفراش لا يبغتى من الذكر ، وصار كالهروى مع المروى ، وكالزنديجى مع الودادى ، اعتبر جنسين مختلفين لاختلاف الصورة والمقصود ، كذا ههنا ، وإذا ثبت أن الذكر مع الأنثى من بنى آدم جنسان مختلفان ، يتعلق العقد بالمسمى ، والمسمى معدوم ، فكان البيع باطلا .

١٢٢١٦- ولو اشترى شاة على أنها نعجة ، فإذا هى ضأن ، فالبيع جائز ؛ لأن الذكر مع الأنثى فى البهائم جنس واحد ؛ لأن الصورة وإن كانت مختلفة ، فالمعنى واحد ؛ لأن ما يبتغى من الذكر من العمل والأكل يبتغى من الأنثى ، وفى منفعة الولاد[2] يشتركان ، والمقصود راجح على الصورة ، فرجح ما يوجب اتحاد الجنس ، فجعلنا الجنس واحداً ، وقد ذكرنا أن فى الجنس الواحد العبرة للإشارة كأنه أشار ولم يسمّ ، وهناك ينعقد العقد ، كذا ههنا .

ثم ما ذكرنا أن المشار إليه إذا كان من خلاف جنس المسمى ، فالعقد يتعلق بالمسمى ، فذلك إذا لم يعلم المشترى والبائع أن المشار إليه من خلاف جنس المسمى ، فأما إذا علما بذلك ،

---

(١) وفى "م" : وتعذر مكان بقيت .

(٢) وفى "ظ" : الولادة .

فالعقد يتعلق بالمشار إليه، ألا ترى أن من قال لغيره: بعت منك هذا الحمار، وأشار إلى عبد قائم بينهما، ينعقد العقد على العبد، وكذلك إذا قال لغيره: اشتر لى بهذه الألف الدراهم جارية، وأشار إلى الدنانير، تتعلق الوكالة بالدنانير.

وفى "الزيادات": ذكر مسألة الوكالة، وشرط لتعليق الوكالة بالمشار إليه علم الوكيل، والموكل المشار إليه، وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه بحال المشار إليه.

١٢٢١٧- ومن هذا الجنس [ذكر فى القدورى][1]: لو باع دارًا على أن بناءها آجر، فإذا هو لبن، فالبيع باطل؛ لأن الأغراض والمقاصد تتفاوت تفاوتًا فاحشًا، فيلحق بالجنس المختلف، فيتعلق العقد بالمسمى، والمسمى معدوم.

١٢٢١٨- ولو باع دارًا على أن فيها بناء، فإذا لا بناء فيها، فالبيع جائز، والمشترى بالخيار، يأخذها بجميع الثمن إن شاء، وفى المسألة نوع إشكال؛ فإن انعدام الوصف أقوى من اختلاف الوصف، ثم اختلاف الوصف فى المسألة الأولى منع انعقاد البيع، وعدم الوصف فى المسألة الثانية لم يمنع، والوجه فى ذلك أن فى المسألة الأولى بين الموجود والمذكور تفاوتًا فاحشًا فى الأغراض، وباعتبار فحش التفاوت التحقا بالجنسين المختلفين، فلا يدخل الموجود تحت المذكور، فلو أوجبنا العقد فى الموجود[2]، فقد أوجبناه فى غير ما تناوله الذكر، وإنه لا يجوز، فأما اسم الدار فيتناول العرصة والبناء، ولهذا يدخل البناء فى بيع الدار بدون الذكر، ويتناول العرصة بانفرادها أيضًا، فإذا انعدم البناء، أوجبنا العقد فى العرصة، فقد أوجبناه فيما يتناوله الذكر، فلهذا افترقا، فهذا غاية ما قيل فى الفرق بين المسألتين، ولم يتضح لنا وجهه.

١٢٢١٩- وذكر الخصّاف: إذا اشترى دارًا على أنها مبنية بالجص، أو مسقفة بالساج، فكانت بخلافه، أو كانت معدومة، فالبيع جائز.

وكذا النخل على أنه دقل، بخلاف الزرع على أنه حنطة، فإذا هو شعير.

١٢٢٢٠- ولو باع جبة على أن ظهارتها كذا، وبطانتها كذا، وحشوها كذا، فوجد الظهارة على ما شرط، والبطانة والحشو على خلافه، فالبيع جائز، ويتخير المشترى، وإن كانت الظهارة من غير ما شرط، فالبيع باطل، وهذا لأن الجبة تنسب إلى ظهارتها، وتعرف بها، فهى الأصل، والبطانة والحشو تبع، فإذا وجد الظهارة على خلاف ما سمى جنسًا كان

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذا من "م".

(٢) وفى "م": فى الغرصة مكان فى الموجود.

المسمى معدومًا ، فيقع العقد باطلا ، وإذا كانت الظهارة على وفاق ما سمى جنسًا ، لم يكن المسمى منعدمًا ، فجاز أن ينعقد العقد ، وروى أن الظهارة إذا كانت أقل قيمة ، مثل أن تكون البطانة وبرًا ، أو سمورًا [والظهارة] من كرباس ، أو ما أشبهه ، أن العقد لا يبطل .

وإذا باع قباء على أن بطانته هروى ، فإذا هى مروى ، فالبيع جائز ، ويتخير المشترى ؛ لأن البطانة تبع ، فالاختلاف يوجب الخيار ، ولا يمنع الانعقاد ، وكذا إذا قال : على أن حشوه قز ، فإذا هو قطن .

١٢٢٢١- ولو باع ثوبًا على أنه مصبوغ بعصفر ، فإذا هو مصبوغ بزعفران ، فالبيع باطل ؛ لأن الأغراض تتفاوت بتفاوت اللون تفاوتًا فاحشًا ، فألحقت[1] بالجنس المختلف .

ذكر القدورى المسألة على هذا الوجه ، وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى ، وأشار محمد إلى العلة ، فقال : لأنه باع ما فى الثوب من الصبغ ، كما باع الثوب ، وشرط أن ذلك الصبغ عصفر ، وتبين أنه غيره ، وهو شىء قائم فى الثوب .

وفى "المنتقى" : إذا باع ثوبًا على أنه مصبوغ بعصفر ، فإذا هو أبيض ، فالبيع جائز ، ويتخير المشترى ، إن شاء أخذ بجميع الثمن ، وإن شاء ترك ، وفى "البقالى" : وهذا بخلاف بيعه أبيض ، فإذا هو مصبوغ حيث لا يجوز .

قال فى "البقالى" : وكذلك شراء الدار على أن لا بناء فيها ، فإذا فيها بناء ، يريد به أن هذا وبيع الثوب على أنه أبيض فإذا هو مصبوغ سواء ، حتى لا يجوز .

١٢٢٢٢- وإذا باع أرضًا على أن فيها نخيلا وأشجارًا ، فإذا ليس فيه نخيل وأشجار ، فالبيع جائز ، ويتخير المشترى ، كما لو باع دارًا على أن فيها بناء ، فإذا لا بناء فيها .

١٢٢٢٣- وإذا باع أرضًا بنخيلها وأشجارها ، فهذا وما لو باعها على أن فيها نخيلا وأشجارًا سواء ، وكذلك إذا باع دارًا بسفلها وعلوها ، فإذا لا علو لها ، كان للمشترى الخيار ؛ لأنه لما قال : بسفلها وعلوها ، فكأنه قال : على أن لها علوًا ، وهناك للمشترى الخيار ، كذا ههنا .

١٢٢٢٤- وإذا قال : بعتك هذه الدار بأجذاعها وأبوابها وخشبها ، فإذا لا فيها أجذاع ، ولا أبواب ، ولا خشب ، فهو بالخيار ، وإن كان فيها بابًان ، أو جذعان ، فلا خيار له ؛ لأن اسم الجمع يتناول المثنى فصاعدًا ، فقد وجد أدنى ما ينطلق عليه الاسم ، وإنه كاف لإسقاط الخيار ، ولو كان فيه باب واحد ، أو جذع واحد ، فله الخيار ؛ لأن اسم الجمع لا ينطلق على الواحد .

---

(١) وفى "ظ" : فألحقنا ، وفى "ف" : فاختلفا .

ولو قال: بعتكها بما فيها من الأجذاع والأبواب والخشب والنخيل، فلم يجد شيئًا من ذلك، فلا خيار له؛ لأن فى هذه الصورة لم يشترط هذه الأشياء فى البيع، ولا جعلها صفة للمبيع، بل أخبر على وجودها فيه، وانعدام ماليس بمشروط فى البيع ولا صفة المبيع لا يوجب الخيار، أما فى قوله: بأجذاعها وأبوابها، جعل هذه الأشياء صفة للدار، فالبيع يتناول الموصوف بصفة، فإذا لم يجده بتلك الصفة، يثبت له الخيار ضرورة، هذه الجملة من "المنتقى".

وفيه أيضًا: إذا اشترى أرضًا على أن فيها كذا نخيلا، أو اشترى دارًا على أن فيها كذا بيتًا، أو اشترى سيفًا على أنه محلى بمائة درهم فضة، أو اشترى نعلا على أنها مشتركة بشراك أو خاتمًا على أن له فصًّا من ياقوت، أو فصًّا على أنه مركب فى حلقة، فإذا لا نخيل ولا شراك، ولا فصّ من ياقوت، ولا بيوت إلى آخره، أو كانت هذه الأشياء كما شرطت، فاحترقت النخيل، وانهدم البيوت، وتلف الشراك، وأشباه ذلك قبل القبض، فالمشترى بالخيار فى هذه الصورة، إن شاء أخذ الباقى بجميع الثمن، وإن شاء ترك إلا فى حصة واحدة، وهى ما إذا اشترى فصًّا على أنه مركب فى حلقة ذهب، فلم توجد الحلقة، فإن البيع فى هذه الصورة فاسد؛ لأن للحلقة حصة من الثمن، ولا تعرف الحصة، أما فيما عدا ذلك، فالمشترى بالخيار إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

والجملة فى ذلك أن كل شىء يباع ويدخل غيره فى البيع تبعًا له من غير ذكر ذلك الغير، فإذا بيع ذلك الشىء، وشرط ذلك الغير معه فى البيع، ووجد ذلك الشىء، ولم يوجد ذلك الغير، فالمشترى بالخيار، إن شاء أخذ ذلك الشىء بجميع الثمن، وإن شاء ترك، بيانه فى النخيل مع الأرض وأمثالها، فإن النخيل يدخل فى بيع الأرض من غير ذكر تبعًا للأرض، فإذا شرط النخيل مع الأرض فى بيع الأرض، ولم يوجد النخيل، فالمشترى يأخذ الأرض بجميع الثمن إن شاء.

وكل شىء يباع، ولا يدخل غيره فى بيعه تبعًا له من غير ذكر، فإذا بيع ذلك الشىء، وشرط غيره معه فى البيع، ولم يوجد ذلك الغير، فالمشترى يأخذ ذلك الشىء بحصته، وذلك نحو أن يشترى أرضًا فيها نخيل، وشرط الثمن مع النخيل، فإذا لا ثمر فى النخيل، أو كان فيها ثمر إلا أنه هلك قبل القبض، فالمشترى يأخذ الأرض والنخيل بحصتها من الثمن، وعن هذا قلنا: إذا اشترى أرضًا فيها زرع، وشرط الزرع قبل القبض، فاحترق الزرع قبل القبض، فالمشترى يأخذ الأرض بحصتها من الثمن.

١٢٢٢٥- وإذا قال لغيره: بعتك هذا الثوب القز، أو الخزّ، وكان مختلطًا، فإن كان السدى مما شرط، واللحمة من غيره، فالبيع باطل، وإن كان اللحمة مما شرط، فالبيع جائز، ويخير المشترى فى فصل القز، وهذا لأن الثوب لا يصير[1] ثوبًا إلا بتركيب اللحمة بالسدى، واللحمة آخرهما، فيضاف الثوب إلى اللحمة، فإن كانت اللحمة على خلاف المشروط، كان المسمّى معدومًا، فلا يصح العقد، وأما إذا كانت اللحمة من جنس المشروط، كان المسمى موجودًا، ولكن اختلفت الصفقة، فانعقد البيع لوجود المسمى، ويثبت الخيار لفوات الصفقة، وفى الخزّ لا خيار للمشترى، إذا كانت اللحمة خزّا، والسدى من غيره؛ لأن الخز[2] لا يوجد إلا بهذه الصفة.

١٢٢٢٦- قال بشر: سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن رجل اشترى من آخر ثوبًا على أنه كتان، فإذا ثلثه قطن، فله أن يرده، وإن قطعه لم يرجع بشىء، ولو كان أكثره قطنًا، فالبيع فاسد.

١٢٢٢٧- وإذا اشترى عبدًا على أنه فحل، فإذا هو خصى، للمشترى أن يرده، وإذا اشتراه على أنه خصى، فإذا هو فحل، روى الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: أنه لا خيار له، قال: وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: الخِصَاء فى العبد عيب، فإذا شرطه فإنما يبرأ عن العيب، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الخِصَاء فى ثمنه أفضل من الفحل لرغبة الناس فيهم؛ لأنهم لا يمتنعون عن دخولهم منازلهم، كما يمتنعون عن دخول الفحل، قال: وهو فى القيمة زيادة.

ولو اشترى عبدًا على أنه فحل، فإذا هو خصيّ، وقد مات عند المشترى، أو حدث به عيب عنده، وقد اشتراه بعشرة آلاف درهم، وقيمته خصيًا ثلاثة آلاف درهم، وقيمته فحلا ألف درهم، قال محمد رحمه الله تعالى: فى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف: لا يلزمه شىء؛ لأن الخصىّ ههنا أفضل قيمة من الفحل، وقال محمد: إن شاء المشترى[3]، أعطاه قيمته خصيًا ثلاثة آلاف درهم، وأخذ منه عشرة آلاف درهم الثمن، معناه إذا رضى البائع أن يأخذه من المشترى قيمته خصيًا ثلاثة آلاف درهم، أعطاه المشترى ثلاثة آلاف درهم، وهذا لأن العبد

---

(١) وفى "ف" و"م": إنما يصير ثوبًا.

(٢) وفى "م": إذا كانت اللحمة خزا، والسدى من غيره؛ لأن المبيع للمشترى إذا كانت اللحمة خزا، والسدى من غيره؛ لأن الخز لا يوجد إلا بهذه الصفة.

(٣) وفى "ف": البائع بدلا من المشترى.

لو كان قائمًا، كان للمشترى أن يرده على البائع، ويسترد منه الثمن، فإذا كان هالكًا رد قيمته، ليكون ردًا للعبد معنى، غير أنه يشترط رضى البائع؛ لأن البيع ورد على صورة العبد بمعناه، وتعذر الرد صورة.

١٢٢٢٨- وفى "نوادر بشر": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: إذا اشترى سفينة على أنها من ساج، فإذا فيها غير الساج، قال: إن كان شيئًا لا بد من أن يكون، فلا خيار له، وهو بجميع الثمن، يريد بهذا أنه إذا استعمل فيها شىء من غير الساج لايصلح ذلك الشىء إلا من غير الساج، ولو كان كل السفينة غير الساج، فلا بيع بينهما.

١٢٢٢٩- وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أيضًا: فى رجل قال لغيره: بكم هذا الثوب الهروى، والثوب مصبوغ صبغ الهروى، فقال: بكذا، فباعه، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: وهو مثل الشرط أنه هروى، وهو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، يريد بهذا أنه لو تبين أنه مروى كان البيع باطلا، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ألا ترى أنه لو قال لغيره: بكم هذا الغلام وهو مشكل، فبايعه، فإذا هو جارية، فإنه لا يقع بينهما بيع، وعن شريح أنه لم يجعله شرطًا.

١٢٢٣٠- وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر سمكة على أنها عشرة أرطال، ووزنها على المشترى، فوجد فى بطنها حجرا وزنه ثلاثة أرطال، أو نحو ذلك، والسمكة على حالها، فالمشترى بالخيار، إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك، وإن كان قد شراها قبل أن يعلم بذلك، فإنى أقوم السمكة على أنها عشرة أرطال، وأقومها وهى سبعة أرطال، فيرجع بحصة ما بينهما من الثمن، فقد اعتبر محمد رحمه الله تعالى نقصان الوزن فى السمكة بالعيب، حتى قال: تقوم السمكة عشرة أرطال، وتقوم سبعة أرطال، وهذا هو دأب العيب، ولم يعتبر نقصان العيب[1] بنفسه، إذ لو اعتبر ذلك، قال: يرجع بثلاثة اعتبار الثمن.

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه قال فى هذه الصورة: المشترى لايرجع على البائع بشىء، وإن وجد فى بطنها طينًا، وما أشبه ذلك، فإن كان ذلك مما يأكله السمك، لزمه البيع، ولا خيار.

١٢٢٣١- وقال محمد رحمه الله تعالى: فيمن اشترى من آخر طشتًا على أنه عشرة أمناء، فقبضه، فإذا هو خمسة أمناء، فهو بالخيار إن شاء أمسكه بجميع الثمن، وإن شاء ترك،

---

(١) وفى "م": لم يعتبر نقصان الوزن بنفسه.

قال: وهذا بمنزلة العيب، وإن كان حدث بها عيب عند المشترى، وأبى البائع قبوله لأجل العيب، فإنه ينظر إلى الطشت، فإن كان قيمة الطشت على عشرة أمناء عشرون، وعلى خمسة أمناء عشرة، والعيب ينقصه على قيمة خمسة أمناء درهم، فإنه يرجع على البائع بنصف الثمن لنقصان الوزن، ويرجع أيضًا بعشر الثمن لأجل العيب، وذلك درهم؛ لأن العيب قد نقصه درهمًا.

١٢٢٣٢- وإذا قال لغيره: أبيعك هذا الزق، وهذا الزيت الذى فيه على أن الزق خمسون رطلا، وعلى أن الزيت خمسون رطلا، كل رطل منها بدرهم، فوجد الزق ستين رطلا، والزيت أربعين رطلا، فإن الثمن ينقسم على قيمة الزيت، وعلى قيمة الزق، ثم يزاد على الثمن حصة العشرة الأرطال التى وجدها زائدة فى الزق، وينقص عن الثمن حصة العشرة الأرطال التى وجدها ناقصة عن الزيت، ثم يقال له: إن شئت فخذ، وإن شئت فدع؛ لأن الزق قد وقع البيع على جميعه.

١٢٢٣٣- قال محمد رحمه الله تعالى: وإذا اشترى مسكًا وزنًا، فوجد فيها رصاصًا، فهو بالخيار، إن شاء رد الرصاص، وحط عن الثمن بقدر وزن الرصاص، وإن شاء ترك.

وإذا اشترى سمنًا وزنًا، فوجد فيها ربا قال محمد رحمه الله تعالى: إذا كان ربا يؤخذ مثله فى السمن، ولا يعد عيبًا، لزمه بجميع الثمن، وإن كان يعد عيبًا، فإن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك [وإن كان ربا لا يكون مثله فى السمن، فإن شاء أخذ بحصته، وإن شاء ترك][1]، وهو نظير ما قال محمد فى الثمار التى فى السلال، وفى أسفلها الحشيش: إن الحشيش إذا كان قدر ما يوضع فى مثله، أنه لا خيار له.

١٢٢٣٤- وقال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: فى الزيت يبيعه الرجل، فيجد فيه المشترى الطين أو المسك يبيعه الرجل، فيجد المشترى رصاصًا، أن المشترى بالخيار، إن شاء أخذه، وإن شاء رده، وقال ابن أبى ليلى: يرد الرصاص والطين؛ لأن الرصاص ليس من المسك، والطين ليس من الزيت، فيردهما وأمثالهما بالحساب، وأما السمن يبيعه الرجل فيجد فيه ربا، يكون ذلك عيبًا فيه، فهو بالخيار، إن شاء أخذ، وإن شاء ترك؛ لأن هذا منه، وكذلك العود يشتريه الرجل على أنه هندى، فإذا هو غير هندى، قال: ولا أنظر فى هذا إلى اليسير منه، وإنما أضع هذا على الكثير، فإذا كان فى الكثير، لا يجب عليه أن يرده، ولم أقض عليه بذلك فى اليسير.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١٢٢٣٥- وفى "الإملاء" : عن محمد رحمه الله تعالى : إذا باع الفص دون الفضة، وقلعه يضر بالفص دون الفضة، أو يضر بهما، فالمشترى بالخيار، إن شاء أخذ الفص بحصته من الثمن، يقسم الثمن على قيمته غير ناقص وعلى قيمته ناقصًا، ثم يبطل عن المشترى حصة النقصان من الثمن، ويكون المشترى بالخيار، إن شاء أخذ الفص بما بقى من الثمن، وإن شاء ترك، قال: ولا يشبه هذا شراء الفص والفضة جميعًا، إذا قبضا، وقلع أحدهما يضرّ بالآخر، أو يضربهما ؛ لأن ذلك صرف، إذا بطل بعضه، بطل كله، والأول ليس بصرف، وإنما باعه الفص وحده، وإنما بطل البيع فيه بالضرورة، فإذا اندفعت الضرورة أو رضى صاحبها، جاز البيع.

قال محمد رحمه الله تعالى : ألا ترى أن رجلا لو اشترى من رجل خشبة فى حائط، يضر قلعها بالبائع، كان للبائع أن لا يقلعها، وأن يبطل، فإن لم يبطله حتى قلع البائع الخشبة، سلمت الخشبة للمشترى، إلا أن يكون القلع ينقصها، ويضر بها، فيكون المشترى بالخيار على ما وصفت لك فى الفص.

إذا اشترى[1]، فصار تمرًا قبل أن يقبضه، واشترى بيضًا، فخرج منها فرخ قبل القبض، فهو بالخيار.

١٢٢٣٦- قال محمد رحمه الله تعالى : إذا قال للقصاب : زن لى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بكذا، فقطعه، ووزنه، فللمشترى الخيار؛ لأن هذا ليس بشىء معلوم، ومعناه أن مواضع اللحم تتفاوت، فكان له أن لا يرضى بهذا، وإن قال له : زن لى من هذا الحب، أو من هذا الرحل ثلاثة أرطال بكذا، فوزن له منه، فلا خيار له؛ لأن اللحم من موضع معين من الشاة قلما يتفاوت، فهو بمنزلة ما لو اشترى قفيزًا من صبرة.

ولو قال: زن لى ما عندك من هذا اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم، فهو جائز، ولا خيار له، قال الحاكم أبو الفضل : ذكر بشر بن الوليد عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى هذه المسألة مثل ما قاله محمد رحمه الله.

وفى "نوادر هشام" : عن محمد رحمه الله تعالى : رجل اشترى من آخر جراب ثياب هروى، أو غيرها، أو اشترى قوصرة تمر، فلم يقبضها حتى عمد البائع، وأخرج الثياب من الجراب، أو أخرج التمر من القوصرة، ثم باع الجراب، أو القوصرة، وترك التمر، أو الثياب، أو لم يبع الجراب، أو القوصرة، ولكن انتفع بها، قال: المتاع والتمر لازم للمشترى، وليس له

---

(١) لعله : إذا اشترى بسرا، فصار تمرا.

أن يمتنع عن الثياب والتمر لمكان الجراب والقوصرة.

١٢٢٣٧- اشترى جارية بكذا، ولم يسمّ البائع أنها بكر، فزالت بكارتها فى يد البائع، فللمشترى الخيار، وقد ذكرنا وجه ذلك فى فصل الخيار.

وإذا اشترى من آخر رمانة على أنها حامضة، فقال بعد الشراء من غير أن يكسرها: إنها حلوة، وقال البائع: إنها حامضة [فالقول قول البائع؛ لأن الرمانة قد تكون حلوة، وقد تكون حامضة](1)، وقد روى فى الحلو: بخلاف هذا، فقد روى أن من اشترى من آخر رمانة على أنها حلوة، ثم اختلفا فيه، فالقول قول المشترى، وعلى البائع أن يوفيه شرطه، والمسألتان فى بيوع "المنتقى".

١٢٢٣٨- إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: وإذا اشترى من آخر بيتًا ببر، فإذا هو دكان عظيم، أو باع بئرًا ببر، وقال: إنه كذا كذا ذراعًا، فإذا هو أقل من ذلك، وقد أكل بعض البر، فنقول: حكم المسألة قبل أكل شىء من البر أن للمشترى الخيار، إن شاء أخذ بجميع الثمن [وإن شاء ترك، وبعد أكل شىء من البر للمشترى أن يرد الباقى مثل ما أكل، ويرجع بجميع الثمن](2)، وروى هشام عن أبى يوسف رحمه الله تعالى مثل ما روى عن محمد.

قال إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: ولو كان طعامًا فى قفيز، أو فى جب، فباعه بعشرة دراهم، فإذا نصفه تبن، قال: يأخذه بنصف الثمن، وأشار إلى الفرق، فقال: لأن القفيز والجب وعاء يكال بهما، ألا ترى لو قال: بعت منك ملء هذا القفيز، أو ملأ هذا الجب، يجوز، والبيت والبئر مما لا يكال بهما، ولا يشترى بهما.

١٢٢٣٩- وإذا باع دارًا على أنها ألف ذراع، وكانت تسعمائة، فباعها المشترى، قال: إن لم يرجع الآخر على الأول، فالأول لا يرجع على صاحبه، وإن رجع الآخر عليه، رجع هو أيضًا، قيل: يجب أن يكون تأويل المسألة أن المشترى باعها قبل أن يعلم أنها تسعمائة، أما لو علم أنها تسعمائة، وباعها كذلك، فلا رجوع له على صاحبه، وإن رجع المشترى الآخر عليه، وهذا إذا اشترى طشتًا، أو قلبًا.

١٢٢٤٠- اشترى حبة لؤلؤة، وشرط لها وزنًا، وتقابضًا، ثم وجدها ناقصة، وقد استهلكها، قال: لا يرجع عليه بشىء فى قياس قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، ولكنه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى عندنا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

استقبح ذلك، وترك قياسه فيه؛ لأن نقصان اللؤلؤة يحط من الثمن شيئًا كثيرًا، وجعل له أن يرجع بالنقصان.

١٢٢٤١- إذا اشترى بستانًا فيه نخيل وشجر، وشرط له أنه عشرة أجربة، وقبضه بغير مساحة، وأكل ثمره سنتين، ثم وجده تسعة أجربة لم يرد، ولم يرجع بشىء فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف: يقوم هذا الجريب الناقص أرضًا بيضاء مثل بقية أرض البستان، ويقوم النخل والشجرة، ثم يقسم الثمن على ذلك، فما أصاب الجريب الناقص [من الثمن رجع به، هكذا ذكر فى "المنتقى"، وذكر بعد هذا عن أبى يوسف ما يدل على أن الجريب الناقص][1] يقوم قراحًا، لايعتبر النخل والشجر فى التقويم.

روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى مثل قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أيضًا: إنه لا يرجع بشىء.

وذكر بعد هذا عن محمد رحمه الله تعالى فيمن اشترى أرضًا فيها نخل وكرم على أنها عشرة أجربة، وأكل ثمرها سنتين، ثم تبين أنها خمسة أجربة، قال: تقوم الأرض، وهى خمسة أجربة بكم تساوى، ولو كان عشرة أجربة فى مثل حالها بكم تساوى، فيرجع بفضل ما بينهما.

١٢٢٤٢- وإذا اشترى أرضًا زرعها، فحصد المشترى الزرع، ثم وجد الأرض أنقص جريبًا مما اشترى أنه يرد الأرض بحصتها.

١٢٢٤٣- رجل معه قفيزان من حنطة فى زنبيل، فباع قفيزًا من رجل بدرهم، ولم يقبض حتى باع من آخر قفيزًا منها بدرهم، ثم هلك أحد القفيزين، فالمشتريان بالخيار، إن شاء أخذ كل واحد منهما نصف القفيز الباقى بنصف الثمن، وإن شاء ترك، وإن ترك أحدهما حصته، وأراد الآخر أن يأخذ القفيز كله بدرهم، فليس له ذلك إلا أن يشاء البائع من قبل أنه كان وجب للثانى قيمة نصفه، فإن قبض المشترى الآخر قفيزًا، ولم يقبض الأول شيئًا يريد به إذا لم يهلك أحد القفيزين، ثم إن المشترى الآخر، رد ذلك القفيز على البائع بغير قضاء قاضٍ، فليس للمشترى الأول فى القفيز المردود شىء، إنما له أن يأخذ القفيز الباقى، أو يترك فإن خلط البائع أحد القفيزين بالآخر انتقض بيع المشترى الأول من قبل أن البيع صار له فى الباقى، وقد صار البائع مستهلكًا حين خلطه بغيره، وإن لم يخلطه البائع، وكان قد رد عليه بعيب بقضاء قاضٍ، وليس بالقفيز الباقى عيب، فأراد المشترى الأول أن يأخذ القفيز الباقى دون المردود،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

فأبى البائع إلا أن يأخذ نصف كل واحد منهما، فذلك للبائع من قبل أن القاضى نقض البيع فيه، فصار بمنزلة ما لم يبع، فلو هلك القفيز الباقى عنده، وبقى المردود الذى به عيب، فأراد المشترى الأول[١] تركه، فذلك له من قبل أن الهالك لم يكن به عيب، وإن أراد أخذه كله، فله ذلك، وإن شاء أن يأخذ نصفه ويترك نصفه، فعل، ولو كان القفيز الهالك هو المردود، والذى به العيب والقفيز الباقى هو الأول الذى لم يكن به عيب، فللمشترى أن يأخذ نصفه، وليس له أن يأخذ كله، وإن سلم البائع كله، فللمشترى أن يمنع.

١٢٢٤٤- رجل عنده كر حنطة، فباع نصفه من رجل، ثم باع النصف الباقى من رجل آخر، ثم قبض الأول منه مختومًا، ثم هلك نصفه، وبقى نصفه، فالمختوم الذى قبض الأول له إن شاء، ويأخذ ما بقى بحصة ذلك، والآخر بحصة ما بقى، يضرب فيه الأول[٢] بنصف كر مختوم، ويضرب الآخر بنصف كر، ولا شركة للثانى فى المختوم الذى قبضه الأول.

الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: رجل اشترى من آخر جارية على أنها عذراء، وقبضها، وماتت فى يده، ثم علم أنها لم تكن عذراء، لم يرجع على البائع بشىء، سواء كان ذلك ينقصها أو لا ينقصها، وذكر ابن أبى مالك عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: أنه يرجع [بقدر نقصانها.

١٢٢٤٥- الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رحمه الله أيضًا: رجل اشترى من آخر دارًا على أنها ألف ذراع بألف درهم، فوجدها تنقص، قال: له أن يردها، فإن كان قد انهدمت فى يده، أو باعها، ثم علم أنها تنقص، لم يرجع بشىء من النقصان، وذكر ابن أبى مالك عن أبى يوسف أنه يرجع][٣] بالنقصان، فتقوم الدار على ما فيها من البناء، ويقوم الذراع الناقص على قيمته قراحًا.

اشترى أرضًا بحقوقها، أو بشربها، وللبائع أراضى مثلها، فإنه يقسم الشرب بينهم بالحصص، وإن لم تكن هذه الأرض ما يصيبها، فللمشترى الخيار، إن شاء رد، وإن شاء أخذ، هكذا ذكر فى "المنتقى".

١٢٢٤٦- وفيه أيضًا: إذا اشترى من آخر حنطة، واكتاله بعضهم، فرأى فى البقية

---

(١) وفى "م": وإن أراد أخذه كله، وأراد المشترى الأول رده، فذاك له من قبل إلخ.

(٢) هكذا فى "م"، وكان فى الأصل، وفى النسخة "ظ": بنصف كر إلا مختوم، وكان فى النسخة "ف": يضرف فيه الأول بنصف كر الأول مختوم.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أخلاطًا، وليس بعيب إلا أن ينقص ذلك من الثمن، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: هو بالخيار، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه، فإن كان استهلك منها شيئًا، لم يكن له أن يرد.

١٢٢٤٧- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى": إذا اشترى خمسمائة قفيز حنطة، فوجد فيها ترابًا، فإن كان التراب مثل ما يكون فى الحنطة، ولا يعده الناس عيبًا، ليس له أن يرد، ولا أن يرجع بنقصان العيب، وإن كان التراب مثل ما لايكون فى الحنطة، ويعده الناس عيبًا، كان له أن يرد كل الحنطة مع التراب، فإن ميز التراب عن الحنطة، فإن أمكنه أن يرد كلها على البائع بذلك الكيل، أو خلط البعض بالبعض، فله الرد، وإن كان لا يمكنه ذلك، بأن انتقص بالتنقية، ليس له الرد، وكذا الجواب فيما إذا كان نظير الحنطة.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: فى رجل اشترى من آخر ثوبًا، ثم جاء يرده، وقال: اشتريته على أنه هروى، وليس بهروى، وقال البائع: لم أشترط شيئًا، فالقول قول البائع؛ لأن المشترى قد أقر بالبيع، فلا يصدق على ما يرد به على البيع.

١٢٢٤٨- وكذلك لو اشترى دهنا فى إناء بعينه، ثم جاء يرده، وقال: اشتريته على أنه خيرى، وهو بنفسج، وقال البائع: لم أشترط شيئًا، فالقول قول البائع.

وكذلك إذا اشترى من آخر ثوبًا بعشرة، وقبضه، ثم قال المشترى: اشتريته على أنه عشرة أذرع، وهو تسعة، وقال البائع: لم أشترط شيئًا [فالقول قول البائع، ولو قال: اشتريت على أنه عشرة أذرع، كل ذراع بدرهم، وقال البائع: لم أشترط شيئًا][1]، وإنما بعتك كما هو، فإنهما يتحالفان.

١٢٢٤٩- رجل اشترى طعامًا على أنه كر، فمات المشترى قبل أن يكتاله، فاكتاله الوارث، فنقص، قال: الورثة بالخيار، إن يشاؤوا أخذوه بحصته، وإن شاؤوا تركوه، قال أبو العباس: وروى عن محمد رحمه الله تعالى أن الوارث بالخيار، إن شاء يأخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

١٢٢٥٠- رجل اشترى أرضًا بشربها، فإذا لا شرب لها، فأراد المشترى أن يأخذ الأرض بحصتها، أو يرجع على البائع بحصة الشرف من الثمن فإن له ذلك، وإذا باع شجرة بأصلها وفى فعلها ضرر على البائع، فالمشترى بالخيار، إن شاء أخذ ما فوق الأرض منها بقيمته، وإن شاء ترك، وعن محمد رحمه الله تعالى: أنه قال للبائع: أن لا يسلمها، فإن قلعها المشترى، ضمنها له.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الحسن بن زياد فى الاختلاف فى مسلم اشترى من مسلم شاة، فماتت فى يد البائع، فسلخها البائع، ودبغ جلدها، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: المشترى بالخيار، إن شاء أخذ الجلد بحصته من الثمن، وإن شاء ترك، وقال: يقسم الثمن على قيمة اللحم لو كان ذكيا، وعلى قيمة الجلد ذكيّا وغير مدبوغ، ولا ينظر إلى ما زاد الدباغ فى قيمته.

نوع آخر: إذا حصل البيع بشرط الكيل والوزن والذرع:

١٢٢٥١- قال محمد رحمه الله تعالى: وإذا اشترى الرجل من آخر طعامًا مكايلة، وقبضه، فإنه لا يأكله، ولا يبيعه، ولا ينتفع به حتى يكيله، وكذلك إذا كان البائع ابتاعه، واكتاله من بائعه بحضرة المشترى، لم يجز له أن يقتصر على ذلك الكيل ولا يبيع، ولا يأكل حتى يكتاله ثانيًا، هذا هو لفظ القدورى، يريد بهذا أن من اشترى من آخر طعامًا مكايلة، وباعه من آخر مكايلة، واكتال البائع الثانى من بائعه بحضرة المشترى الثانى، لا يجوز للمشترى الثانى أن يقتصر على ذلك الكيل، ولايبيع، ولا يأكل حتى يكتاله ثانيًا.

والأصل فى ذلك ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان، صاع البائع وصاع المشترى، والمعنى فيه أن الكيل جعل من تمام القبض شرعًا فيما يبيع مكايلة؛ لأن القدر فى العين معقود عليه فيما يبيع مكايلة، ألا ترى أنه لو وجده أزيد مما سمى من القدر، لا تسلم له الزيادة إذا كانت الزيادة بحيث لا يدخل بين الكيلين؛ لأن الزيادة لم تدخل تحت العقد، ولو وجده أنقص، ينقص عنه حصته من الثمن، وإذا ثبت أن القدر معقود عليه فيما بيع بشرط القدر.

فنقول: القدر غير متعين قبل الكيل، لجواز أن يكون مثل الكيل المشروط، أو أزيد منه، أو أنقص منه، وإنما يتعين بالكيل، فكان للكيل حكم القبض؛ لأن الكيل يعين ما ملك بالعقد غير متعين، وتعين ما ملك غير متعين بالعقد إنما يكون بالقبض، وإذا كان الكيل يعمل هذا العمل، كان للكيل حكم القبض، فكان الكيل من تمام القبض من هذا الوجه، ثم فى هذه المسائل يحتاج إلى قبضين، قبض البائع وقبض المشترى، فكذا يحتاج إلى كيلين.

فإن قيل: إنما أعطى الكيل حكم القبض؛ لأنه يعين ما ملك بالعقد غير متعين، وهذا التعيين حاصل بكيل البائع بنفسه بحضرة المشترى الثانى، وكذا يجب أن لا يحتاج المشترى الثانى إلى كيل آخر، كما لو استفاد من أرضه، وباعه من آخر مكايلة، وكان بحضرة المشترى، لا يحتاج المشترى إلى كيل.

والجواب عنه أن يقال : بأن الكيل أعطى له حكم القبض فيما يبع مكايلة، فإذا أعطى له حكم القبض، يعتبر بالقبض الحقيقى، ففى كل موضع يحتاج إلى قبضين، ولا ينوب أحد القبضين عن الآخر، لا ينوب أحد الكيلين عن الآخر، وفى كل موضع يكتفى بقبض واحد، يكتفى بكيل واحد، وفيما إذا استفاده من أرضه، لا يحتاج فيه إلى أصل القبض، لجواز التصرف، فلا يحتاج فيه إلى الكيل أيضًا.

١٢٢٥٢- وإذا اشترى من غيره حنطة مجازفة، وباعه بعد ما قبضها من غيره مكايلة، فإنه يكتفى فيه كيل واحد، وكذا إذا استقرض من رجل كر حنطة على أنه كر، ثم باعه مكايلة، فإنه يكتفى فيه كيل واحد : إما كيل المشترى، وإما كيل البائع المستقرض بحضرة المشترى، وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا اشتراها مجازفة، وباعها من غيره مكايلة ؛ لأن الكيل غير محتاج إليه فى حق البائع الثانى لصحة تصرفه ؛ لأن الكيل ليس بشرط لتمام القبض، فأما إذا اشتراه مجازفة ؛ لأن المعقود عليه غير مشار إليه، لا المقر له، وإنه متعين قبل الكيل، وإنما يشكل فيما إذا استقرض من آخر حنطة على أنها كر، ثم باعها من غيره بشرط الكيل، ويجب أن يحتاج فيه إلى كيلين ؛ لأن الاستقراض تملك بعوض، فكان بمنزلة المشترى، فيصير القدر معقودًا عليه متى استقرض بشرط الكيل، كما لو اشتراه مكايلة، والجواب أن القرض إن كان مبادلة صورة، فهو عارية من حيث الحكم والاعتبار ؛ لأن ما يرد المستقرض عين المقبوض حكمًا لا بد له، إذ لو لم يجعل كذلك، كان هذا مبادلة الشىء بجنسه نسيئة، وأنه حرام.

وإن كان رد البدل قائمًا مقام رد العين المقبوض من حيث الحكم، كان القرض تمليكًا [بغير][(١)] بدل من حيث الحكم، فلو كان تمليكًا بغير بدل من حيث الحقيقة كالهبة والوصية، لم يحتج فيه إلى الكيل، فكذا ههنا، بخلاف الشراء ؛ لأنه تمليك بعوض حقيقة وحكمًا، والشرع جعل الكيل من تمام القبض فيما ملك بيعًا بشرط المكايلة، فلهذا احتيج فى الشراء إلى الكيل، ولم يحتج إلى الكيل فى الاستقراض.

١٢٢٥٣- ولو اشترى حنطة مجازفة، وباعها من غيره بعد ما قبضها مجازفة، أو استفاد حنطة من أرضه، أو بالهبة، وباعها مجازفة، أو ملك حنطة ثمنًا على أنه كر، وقبضها، وباعها مجازفة قبل الكيل، فهو جائز، كذا رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى.

أما إذا اشتراها مجازفة، فلا إشكال فيها ؛ لأن الكيل فى هذه الصورة لم يجعل من تمام القبض ؛ لأن المعقود عليه عين مشار إليه لا المقدار، بخلاف ما إذا اشتراه مكايلة ؛ لأن

(١) هكذا فى "ف"، وكان فى "ظ" : لغير.

الكيل هناك جعل من تمام القبض، وأما إذا استفاد من أرضه، أو بالهبة، فلأنه ملكه بغير عوض، والشرع إنما اعتبر الكيل [لإباحة التصرف فى البيع، بخلاف القياس، فيرد الشرع إلى ما يقتضيه القياس، وأما إذا ملكه ثمنًا][1]، فلأن الكيل شرع لتمام القبض لإباحة التصرف فيما يحتاج فيه إلى أصل القبض لإباحة التصرف، وفى الثمن أصل القبض ليس بشرط لإباحة التصرف، فلا يكون الكيل الذى جعل من تمام القبض شرطًا لإباحة التصرف.

وأما إذا اشترى مكايلة، وباعه من غيره مجازفة قبل أن يكيله، هل يجوز؟ ظاهر ما أطلق محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل" يدل على أنه لا يجوز، وذكر ابن رستم فى "نوادره": أنه إذا باع مجازفة قبل أن يكيله، جاز، ولو باعه مكايلة قبل أن يكيله لا يجوز.

فصار فى المسألة روايتان: وجه رواية ابن رستم: أن القدر كما هو معقود عليه [فالعين المشار إليه أيضًا معقود عليه][2]، فمتى باعه مجازفة، فقد باع العين دون القدر والعين مقبوض، فصار بائعًا ما تم قبضه فيه، فيجوز، ومتى باعه مكايلة، فقد باع القدر مع العين، والقدر مقبوض مثل الكيل.

وجه ما ذكر فى "الأصل": أن القدر معقود عليه، والعين معقود عليه، وأحدهما ما يمتاز عن الآخر؛ لأن القدر صفة العين؛ لأنه لا يوجد بدونه، فإذا باعه مجازفة، فقد باع مقبوضًا، وغير مقبوض؛ لأن العين الذى اشتراه مقبوض، والقدر ليس بمقبوض، فقد باع مقبوضًا، وغير مقبوض صفقة واحدة، فلا يجوز البيع فى الكل، وذكر بعض المشايخ فى شرح "الجامع الصغير" خلافًا فى هذا الوصف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، فقال: على قول أبى يوسف: لا يبيعه حتى يكتاله لنفسه، وعلى قول محمد: يبيعه من غير أن يكتاله لنفسه، وقد اختلف المشايخ رحمه الله تعالى فى فصل، وهو ما إذا اشترى طعامًا مكايلة، وكاله البائع بحضرة المشترى، وسلمه إليه، فمنهم من قال: ليس للمشترى أن يكتفى بذلك الكيل، ويكيل مرة أخرى.

قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى: الأصح أنه يكتفى بذلك الكيل، وكل جواب عرفته فى المكيلات، فهو الجواب فى الموزونات؛ لأن الوزن فى الوزنيات متى بيع بشرط الوزن، يصير معقودًا عليه، كالمكيل فى المكيلات، فكل جواب عرفته فى المكيلات فى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"ف".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"ف".

الترتيب الذى ذكرنا، فهو الجواب فى الوزنيات.

١٢٢٥٤- وأما الكلام فى الذرعيات: إذا اشترى من آخر ثوبًا على أنه عشرة أذرع، كان له أن يبيعه، وأن يتصرف فيه قبل الذرع؛ لأن الذرع فى الذرعيات متى لم يجعل بإزاءه ثمن، سلك به مسلك الأوصاف، حتى لا يقسم الثمن على عدد الذرعان، حتى لو وجده أحد عشر فى مسألتنا، فالزيادة تسلم له، ولو وجده أنقص من عشرة، لا يسقط بشىء من الثمن، لكن يتخير المشترى، كما لو اشترى ثوبًا على أنه عتيق، فوجده رقيقًا، وإذا سلك به مسلك الصفة، لم يصر الذرع معقودًا عليه، وكان المعقود عليه الثوب المشار إليه، وأنه متعين من غير ذرع، وكان بمنزلة ما لو اشترى حنطة مجازفة على أنها جيدة، وقبضها قبل أن يعلم بأنها جياد، بأن كانت فى الجوالق، وتصرف فيها، وهناك التصرف منه جائز، كذا ههنا.

١٢٢٥٥- وأما الكلام فى العدديات: إذا اشترى من آخر عدديًا بشرط العد، هل يجب إعادة العد [لإباحة التصرفات]؟ لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل فى الكتب الظاهرة، قالوا: قد ذكر الكرخى: أن على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه يشترط إعادة العد لإباحة التصرفات، إلحاقًا للعدديات [بالمكيلات والوزنيات، وعلى قولهما: لا يشترط إلحاقًا للعدديات بالذرعيات](١).

وفى شرح "القدورى": وأما المعدودات فيجب إعادة العدد فيها فى رواية، وفى رواية لا يجب، وصحح القدورى هذه الرواية؛ لأن العد فى العدديات بمنزلة الذرع فى المذروعات، ألا ترى أن الربا لا يجرى بين العدديات، كما لا يجرى بين المذروعات، ثم فى المذروعات لا يجب إعادة الذرع، فكذا فى المعدودات لا يجب إعادة العد.

وفى "القدورى": فى "باب بيع المبيع قبل القبض": إذا اشترى طعامًا مكايلة، أو موازنة شراءً فاسدًا، وقبض بغير كيل، ثم باعه، وقبضه المشترى، فالبيع الثانى جائز، وإنما اعتبر إعادة الكيل فى البيعين الصحيحين؛ لأن المستحق القدر المذكور، ويتصور التفاوت بين المذكور والموجود، فيعتبر إعادة الكيل لإزالة ذلك الوهم احتياطًا، وهذا المعنى لا يوجد فى البيع الفاسد، فإن الملك فى البيع الفاسد إنما يثبت بالقبض، فصار المملوك قدر المقبوض، لا قدر المذكور فى البيع، فلا يتصور التفاوت بين المستحق والموجود.

١٢٢٥٦- ولو اشترى طعامًا مكايلة بإناء بعينه، فالبيع فاسد فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وقد مرّ هذا من قبل، فإن كاله بذلك الإناء، ورضى به المشترى بعد

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و "ف".

الكيل [جاز وقد مر هذا أيضًا من قبل، فإن باعه المشترى بعد ذلك][1] قبل أن يعيد الكيل، جاز؛ لأن هذا فى معنى البيع مجازفة، وفى البيع مجازفة لايحتاج إلى إعادة الكيل؛ لأن المستحق هو المشار إليه، فلا يتصور فيه التفاوت.

١٢٢٥٧- وفى "المنتقى": وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا كان الثمن شيئًا مما يكال، أو يوزن من غير عينه، فأخذه البائع بغير كيل، وصدق المشترى فى كيله ووزنه، فله أن ينتفع به قبل أن يكيله، وإن كان الثمن ثيابًا موصوفة مؤجلة، فليس له أن يبيعها منه قبل أن يقبضها، وقال فى الصرف: ليس له أن يشترى بأحد البدلين شيئًا حتى يتوازنا، وإن تفرقا قبل الوزن فى الصرف، وكل واحد منهما مصدق لصاحبه فى الوزن، فالبيع فاسد، وذكر فى موضع آخر من هذا الكتاب: إذا كان كل واحد منهما مصدقًا لصاحبه فى الوزن أن البيع جائز، وسيأتى مسائل هذا النوع فى المتفرقات إن شاء الله تعالى -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و "ف".

الفصل الثامن
فى بيان أحكام الشراء الفاسد والتصرف فى المملوك بالعقد الفاسد

١٢٢٥٨- البيع الفاسد منعقد عندنا، والملك موقوف على وجود القبض، ويشترط أن يكون القبض بإذن البائع، نص عليه القدورى رحمه الله تعالى فى كتابه، ولفظ القدورى: وما قبضه بغير إذن البائع فى البيع الفاسد، فهو كما لم يقبض. قال ثمه: وهذه الرواية هى المشهورة.

١٢٢٥٩- وفى "الزيادات": إذا قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد من غير إذن البائع، ونهيه، فإن قبض فى المجلس يصح القبض استحسانًا، ويثبت الملك فيه للمشترى، وإن قبض بعد الافتراق عن المجلس، لا يصح قبضه قياسًا واستحسانًا، ولا يثبت الملك فيه للمشترى.

وإذا أذن له بالقبض، فقبض فى المجلس، أو بعد الافتراق عن المجلس، صح قبضه، ويثبت الملك قياسًا واستسحانًا.

وفى "البقالى": لو كان وديعة عنده، وهى حاضرة ملكها، وعن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله تعالى أنه قال: يجب أن يجوز القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير إذنه إذا كان أدى الثمن، والتخلية فى البيع الفاسد ليست بقبض، كتبته فى "شرح الزيادات".

١٢٢٦٠- وذكر فى "الجامع" مسألة تدل على أنها قبض، وصورة ما ذكر فى "الجامع": إذا اشترى الرجل عبدًا من رجل شراءً فاسدًا، والعبد وديعة عند المشترى، إلا أنه ليس بحاضر عند الشراء، فأعتقه المشترى، كان عتقه باطلا؛ لأن الملك فى الشراء الفاسد لا يثبت بدون القبض، وما وجد من القبض لا ينوب عن قبض الشراء؛ لأنه قبض وديعة، وقبض الوديعة لا ينوب عن قبض الشراء، وبدون الملك لا يثبت العتق، فإن رجع المشترى إلى العبد، وقبضه حقيقة، أو تخلى به، بحيث يكون قابضًا له، ثم أعتقه، صح الإعتاق؛ لأنه يصير قابضًا بإذن البائع [كما لو كان الشراء جائزًا، ورجع المودع إلى بيته، وتخلى به؛ فإن هناك يصير قابضًا بإذن البائع][1]، حتى لا يكون للبائع ولاية الاسترداد، فههنا كذلك، وإذا صار قابضًا بإذن البائع، صار المبيع ملكًا له بالعقد السابق، والإعتاق صادف ملك نفسه، ألا ترى أن محمدًا رحمه الله تعالى أثبت الملك للمشترى فى هذه الصورة، إذا تخلى بالعبد، حتى جوز إعتاقه،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و "ف".

والملك فى البيع الفاسد [لا يثبت بدون القبض، ثم إن الملك وإن كان يثبت فى البيع الفاسد][(١)] عند اتصال القبض به عندنا، إلا أن هذا الملك مستحق القبض، إعدامًا للفساد؛ لأن إعدام الفساد واجب حقًا للشرع، ولأجل ذلك قلنا: إنه يكره للمشترى أن يتصرف [فيما اشترى][(٢)] شراءً فاسدًا بتمليك أو انتفاع؛ لأن الفسخ مستحق إعدامًا للفساد، وفى التصرف تقرير الفساد مع هذا، لو تصرف فيه تصرفًا، نفذ تصرفه لمصادفته ملكه، ولا ينقض تصرفه، ويبطل به حق البائع فى الاسترداد، سواء كان تصرفًا يحتمل النقض بعد ثبوته، كالبيع والإجارة، والرهن، أو لا يحتمل النقض بعد ثبوته، كالإعتاق والتدبير، وأشباه ذلك، إلا الإجارة والنكاح [فإن هذه التصرفات لا تبطل حق البائع فى الاسترداد على ما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى، فلم يجعل للبائع بيعًا فاسدًا حق نقض تصرفات المشترى فيما سوى الإجارة والنكاح][(٣)] مع أن للبائع حقًا فى المشترى شراءً فاسدًا، وهو حق الأخذ، وجعل للشفيع حق نقض جميع تصرفات المشترى؛ لما أن له فى الدار المشفوعة حقًا.

واختلفت عبارة المشايخ فى بيان الفرق، بعضهم قالوا: الحق فى المشترى شراءً [فاسدًا] للبائع، وهذه التصرفات من المشترى حصلت عن تسليط البائع لأن البائع أوجب له الملك المطلق بهذه التصرفات، فتكون هذه التصرفات حاصلة عن تسليطه، فيكون راضيًا به، فيظهر نفاذها فى حقه، فلا يكون له إبطالها بعد ذلك، فأما الحق فى الدار المشفوعة للشفيع، وهذه التصرفات لم تصدر بتسليط من جهة الشفيع، حتى يكون راضيًا بذلك؛ لأن التسليط إنما يثبت بالإذن نصًا، أو بإثبات الملك المطلق للتصرف، ولم يوجد واحد منهما من الشفيع، فكان تصرف المشترى حاصلا بغير تسليط عن الشفيع، فكان له حق النقض، ولأجل هذا المعنى وقع الفرق فى الشراء الفاسد بين البيع، والهبة، والرهن، والإجارة؛ لأن الإجارة تصرف فى المنافع مقصودًا؛ لأنها موضوعة لتمليك المنافع، والتسليط من البائع فى حق المنفعة ما ثبت مقصودًا؛ لأن البيع لإيجاب ملك الرقبة مقصودًا، ولإيجاب ملك المنفعة تبعًا، والتصرف من المشترى فى المنفعة حصل مقصودًا، فلم يكن حاصلا بتسليط البائع، فكان له حق النقض، كما كان للشفيع أن ينقض جميع تصرفات المشترى؛ لما لم يكن حاصلا بتسليطه، فأما الرهن والهبة

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"ف".

(٢) هكذا فى "ظ" و"ف"، وكان فى الأصل: فيما إذا اشترى... إلخ.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"ف".

والبيع فهذه تصرفات حصلت في العين مقصودًا، والتسليط من البائع في حق تصرفه يرد على العين ثابت مقصودًا؛ لأن التسليط بإيجاب الملك، والملك يثبت له في الرقبة مقصودًا، وهذا معنى ما يقول في الكتاب، وهذا عذر في الإجارة، يريد بالعذر هذا، وهو أن الإجارة لم تحصل بتسليط البائع، فكان للبائع نقضه، وبعضهم قالوا: فسخ البيع لحق الله تعالى إعدامًا للفساد، وبهذه التصرفات يتعلق حق العبد بالمحل، وحق العبد مع حق الله تعالى إذا اجتمعا، يرجح حق العبد على حق الله تعالى لحاجة العبد، وغنى الله تعالى، إلا أن الإجارة عقد ضعيف، يفسخ بالأعذار، وفساد الشراء عذر في فسخها، فينفسخ، ويسترد المشترى إعدامًا للفساد، ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": من يفسخ الإجارة؟ وذكر في "النوادر": أن القاضي هو الذي يفسخ، وكأنه مال إلى أن فسخ الإجارة بالعذر مختلف فيه، فيعتبر فسخ القاضي لتصير المسألة متفقًا عليها، والتزويج يشبه الإجارة؛ لوروده على المنفعة، والبيع يرد على ملك الرقبة، و الفسخ يرد على ملك الرقبة أيضًا، فيتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله.

١٢٢٦١- ولو أوصى بالعبد، ثم مات، بطل حق الفسخ، ولا يشبه هذا الوارث [يريد به أن المشترى شراءً فاسدًا إذا مات، لا يبطل حق الفسخ، وكان للبائع أن يشترى العين من وارث المشترى][1].

والفرق وهو أن ملك الموصى له ملك متجدّد لثبوته بسبب متشابه، ولهذا لا يرد بالعيب، ولا يرد عليه، فيشبه ملك المشترى، وما أشبهه، فانقطع به حق الفسخ، فأما ملك الوارث في حكم عين، ما كان للمورث، ولهذا يرد بالعيب، ويرد عليه، وذلك الملك كان مستحق النقض والفسخ، فانتقل إلى الوارث، كذلك [ولو مات البائع، كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشترى بحكم الفساد، المسألة الأولى في بيوع "القدوري"، والثانية في نكاح "الجامع" على سبيل الاجتهاد][2].

١٢٢٦٢- ولو كان المشترى ثوبًا، وقطعه المشترى، وخاطه، أو بطنه، وحشاه، بطل حق الفسخ؛ لأن هذه المعاني لو وجدت من الغاصب، انقطع به حق المالك، مع أن حق العبد أبطأ سقوطًا، فلأن يسقط بهذه المعاني حق الله تعالى، وأنه أسرع سقوطًا كان أولى.

ولو صبغ الثوب، فقد روى عن محمد رحمه الله تعالى أن البائع بالخيار، إن شاء أخذه،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

وأعطاه ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء ضمنه قيمته، كما فى الغصب، وأطلق أبو الحسن الجواب [فى الصبغ أن ينقطع به حق البائع فى الفسخ، وهو محمول على التفصيل الذى ذكرنا، ولو كان الجواب](١)، كما أطلق، فوجهه أن حق الفسخ ههنا أسرع سقوطًا من حق الاسترداد فى الغصب، ولهذا يسقط بالبيع والهبة، ونحو ذلك، فجاز أن يسقط بهذا، بخلاف الغصب.

١٢٢٦٣- ولو كان المشترى داراً، فبنى المشترى فيها بناء، بطل حق الفسخ فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر، وفى قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله تعالى: لا يبطل اعتباراً بالغاصب، إذا بنى فى المغصوب بناء، حيث لا ينقطع به حق المغصوب منه، ولهما أن النقض فى البيع الفاسد ما كان لحق البائع، وإنما كان حقّا للشرع لينعدم به الفساد، وقد ذكرنا أنه إذا تعلق به حق آخر، يمنع النقض، إلا إذا بنى المشترى فى الدار بناء، والعقد لم يتناول البناء، صار ثبوت حقه فى البناء بمنزلة حق ثالث فى البيع الثانى، بل أولى؛ لأن الضرر الذى يلحق المشترى بنقض البناء فوق الضرر الذى يلحق الثالث بنقض شراءه، فإذا لم ينتقض لحق ثالث فى البيع الثانى، فلأن لا ينتقض لحق المشترى فى البناء كان أولى، بخلاف ما لو صبغ المشترى الثوب المشترى شراءً فاسدًا؛ لأن حق المشترى لا يبطل بالنقض، بل ينتقل إلى القيمة، وههنا يبطل حق المشترى فى البناء، إذا نقض البناء(٢)، وبخلاف الغصب؛ لأن حق النقض كان لحق المغصوب منه، وحق المغصوب منه فى العرصة قائم من كل وجه، فرجحنا جانب المغصوب منه، إما لأن العرصة أصل، والبناء تبع، أو لأن الغاصب متعدّ، والمغصرب منه مظلوم، بخلاف ما إذا غصب ساحة، وأدخلها فى البناء، حيث ينقطع حق المغصوب منه؛ لأن حق المغصوب منه ثمه صار هالكًا من وجه، وحق الغاصب قائم من كل وجه، وحق المغصوب منه يفوت إلى بدل، وحق الغاصب يفوت لا إلى بدل، فرجحنا حق الغاصب لهذا، بخلاف ما تقدم، وفى كل موضع تعذر رد المشترى شراءً فاسدًا على البائع، فعلى المشترى المثل فيما هو من ذوات الأمثال، والقيمة فيما ليس من ذوات الأمثال.

والأصل أن المقبوض بحكم العقد الفاسد مضمون بالقيمة فيما لا مثل له، وبالمثل فيما له مثل؛ لأن المقبوض فى العقد الفاسد مضمون بجهة القبض، فصار كالمغصوب، وهذا لأن الأصل فى الضمانات القيمة؛ لأنها هى العدل، وإنما يصار إلى المسمى فى موضع صحت التسمية تحرّزًا عن المنازعة، والتسمية هنا لم تصح، فبقى الضمان الأصلى، وهو القيمة، ثم

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من بقية النسخ.

(٢) وفى "م": إذا نقض البيع؛ لأنه يؤمر برفع البناء هناك بخلاف الغصب.

فى كل موضع تعذر على البائع فسخ البيع واسترداد المبيع لمانع، ثم زال ذلك المانع، بأن فك المشترى الرهن، أو رجع فى الهبة، أو عجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة، أو رد المشترى على المشترى بالعيب فى المبيع بعد القبض بقضاء، كان للبائع حق الاسترداد، إذا لم يكن القاضى قضى على المشترى بالقيمة؛ لأن المانع زال بسبب، هو فسخ من كل وجه فى حقهما، وفى حق الثالث، فصار كأن هذه العقود لم توجد، حتى لو زال المانع بسبب، هو عقد جديد فى حق الثالث، بأن كان الرد بالعيب بعد القبض بالتراضى، لا يكون للبائع حق الاسترداد، ويجعل فى حقه، كأن المشترى اشترى ثانيًا، وهذا كله إذا لم يقضِ القاضى على المشترى بالقيمة، فإن كان قد قضى عليه بالقيمة، لا يكون للبائع حق الاسترداد فى الوجوه كلها؛ لأن القاضى أبطل حق البائع عن العين، ونقله إلى القيمة بسبب أطلق له ذلك، فلا يعود حقه إلى العين بعد ذلك، وإن ارتفع السبب، كما لو قضى على الغاصب بقيمة المغصوب بسبب الإباق، ثم عاد العبد من الإباق، لا يعود حق المالك إلى العبد، كذا ههنا.

١٢٢٦٤- ولو ازداد المشترى فى يد المشترى، لا يمنع الفسخ فى الأحوال كلها، إلا إذا كانت الزيادة من جهة المشترى، بأن كان المشترى ثوبًا، فصبغه المشترى بصبغ يزيد فيه، أو كان سويقًا، فلته بسمن وعسل، فحينئذٍ يمتنع الفسخ لحق المشترى، حتى لو رضى المشترى بالفسخ واسترداد المشترى مع الزيادة، كان للبائع حق الاسترداد، وإذا انتقص المشترى فى يد المشترى بفعل نفسه، أو بآفة سماوية، أو بفعل المشترى، فالبائع يسترد المبيع مع أرش النقصان، وليس له أن يترك المبيع على المشترى، و[1] يضمنه تمام القيمة ازالة للفساد، وإن كان النقصان بفعل أجنبى، فللبائع أن يأخذ الأرش من المشترى، إن شاء، وإن شاء أخذه من الجانى؛ لأنه وجد فى حق كل واحد منهما بسبب ضمان النقصان فى حق المشترى القبض؛ لأن المقبوض بحكم العقد الفاسد مضمون بالقبض، والأوصاف تضمن بالقبض، وفى حق الجانى الجناية، وكان للبائع الخيار، وصار كما لو انتقص المغصوب فى يد الغاصب بفعل أجنبى، كان للمالك فى أخذ الأرض الخيار؛ لما ذكرنا، كذا ههنا.

١٢٢٦٥- ولو قتل الأجنبى المبيع فى يد المشترى، فللبائع أن يضمن المشترى، وليس له أن يضمن القاتل، فرق بين ضمان القتل وبين ضمان النقصان، فإن فى ضمان النقصان خير البائع بين تضمين المشترى وبين تضمين الجانى، والفرق أن ما وجب على القاتل بالقتل بدل ملك المشترى؛ لأن الجارية قتلت على ملك المشترى، فلايكون للبائع عليه سبيل إلا بعد فسخ

---

(١) والنسخة "م": أو بدلا من واو.

البيع فى المبيع، وتعذر فسخ العقد فى المبيع بسبب الهلاك، بخلاف ضمان النقصان؛ لأن هناك العقد انفسخ فيما بقى من المبيع بالاسترداد فيعتبر البيع منفسخًا فى حق الجزء الفائت حكمًا لانفساخ البيع فى الأصل، وإذا اعتبر البيع منفسخًا فى حق الجزء الفائت، كان ما وجب عليه بمقابلة الجزء الفائت بدلا عن ملك البائع، فكان للبائع حق الأخذ من الجانى، فلهذا افترقا.

١٢٢٦٦- وما ذكر من المعنى ظهرت التفرقة بين المشترى شراءً فاسدًا وبين المغصوب، فإن المغصوب إذا قتل فى يد الغاصب كان للمالك أن يضمن القاتل إن شاء؛ لأن ما وجب على القاتل بقتل المغصوب بدل ملك المالك؛ لأن المغصوب باقٍ على حكم ملك المالك، وكان للمالك أن يأخذ ذلك من القاتل، ولا كذلك المشترى شراءً فاسدًا على ما بينا، وقد ذكرنا أن البيع الفاسد مستحق النقض والفسخ إعدامًا للفساد، وإزالة للحرام.

وقال القدورى فى "كتابه": وأيهما فسخ البيع قبل القبض، ففسخه جائز على صاحبه، إذا كان بمحضر من صاحبه، أى يعلم صاحبه؛ لأن الفسخ مستحق الشرع، فانتفى الملزوم عن العقد، فكان بمنزلة البيع الذى فيه الخيار للمتعاقدين، فيكون كل واحد منهما يستقل من فسخه بغير رضى الآخر، لكنه يوقف على علم الآخر؛ لأنه إلزام موجب للفسخ، فلا يلازمه إلا بعلمه.

وفى شهادات "الجامع": ذكر محمد مسألة البيع الفاسد، وذكر فرعها، ولو كان يقضى القاضى بالبيع بين البائع والمشترى بمحضر من البائع ورضاه، شرط حضرة البائع، ورضاه لصحة النقض.

وفى موضع آخر شرط حضرة البائع، ولم يشترط رضاه بعض مشايخنا، قالوا: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع موضوع اشتراط حضرة البائع دون رضاه أن يكون الشرط الفاسد مشروطًا للمشترى، والمشروط له الفاسد يملك فسخ البيع الفاسد بمحضر صاحبه رضى صاحبه بذلك، ولم يرضَ موضوع اشتراط حضرة البائع، أو رضاه أن يكون الشرط الفاسد مشروطًا للبائع دون المشترى.

١٢٢٦٧- ومن لم يشترط الشرط الفاسد إذا نقض البيع الفاسد، لا يصح نقضه إلا بمحضر من صاحبه ورضاه، وإذا قبض المبيع، فكل بيع لا يصح حذف المفسد عنه مثل البيع بالخمر والخنزير، فهو ما ذكرنا قبل القبض؛ لأن وجوب الفسخ لحق الشرع، وإنه سحم[1]،

(١) هكذا فى "ف" و"م"، لعل الصحيح: وإنه مستحق.

فكان كل واحد منهما سبيل منه، وإن كان الفساد بسبب شرط يقبل الحذف، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لكل واحد من المتعاقدين الفسخ.

وقال محمد: إن وجد الفسخ ممن له منفعة في الشرط، صح، وإن فسخ الآخر، لم ينفسخ، وذلك مثل الشراء بأجل مجهول إلى العطاء، وما أشبه ذلك، وكذلك الخيار الفاسد.

وجه قول محمد: إن منفعة الشرط إذا كانت عائدة إليه، كان قادرًا على تصحيح العقد بإسقاط الأجل، فإذا فسخ الآخر، فقد أبطل حقًا ثابتًا لغيره، فلايجوز.

وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان: بأن الفسخ يستحق حقًا للشرع، فانتفى اللزوم عن العقد، والعقد إذا كان غير لازم، فكل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخه أكثر ما في الباب، أن من له الخيار قادر على التصحيح بالحذف، ولكن الكلام قبل الحذف، وهو بمنزلة الإيجاب، إذا وجد من البائع، كان المشتري سبل من القبول.

ثم البائع لو رجع قبل قبول المشتري، صح، ولا يقال: بأن رجوعه يتضمن إبطال حق القبول على المشتري، كذلك هنا.

١٢٢٦٨- وإن كان المشتري جارية، فاستولدها المشتري حتى وجب القيمة، هل يغرم العقر؟ ذكر في كتاب البيوع: أنه لا يغرم، وذكر في كتاب الشرب: أنه يغرم.

قال شمس الأئمة السرخسي في "شرحه": ما ذكر في كتاب الشرب تأويله: أن المشتري وطئها ولم يعلقها[1]، وقد وضع المسألة في كتاب البيوع فيما إذا أعلقها، وذكر: أنه لا عقر عليه.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده في "شرحه": إذا لم يعلقها، يجب العقر باتفاق الروايات، وإذا أعلقها، ففيه روايتان، وهكذا ذكر الطحاوي في "كتابه"، وهو الصحيح.

يجب أن يعلم بأن من اشترى جارية شراءً فاسدًا لا يكون له أن يطأها إما لأن الثابت له بالشراء الفاسد ملك حرام، والملك الحرام لا يبيح الوطء، كما لا يبيح الأكل والشرب واللبس، أو لأن الملك غير ثابت في حق الوطء؛ لكون السبب فاسدًا، فإن وطئها ولم يعلقها، كان للبائع أن يستردها؛ لأن الجارية قائمة بعينها، كما قبل الوطء، وإذا استردها، ضمن المشتري عقرها للبائع.

فرق بين هذا وبين الموهوب له، إذا وطئ الجارية، ثم رجع الواهب، فإنه لايضمن للواهب عقرا، وههنا قال: يضمن.

---

(١) وفي "ف": ولم يعلقها، وما ذكر في البيع وتأويله.

ووجه الفرق بينهما، وهو أن الموهوب له حين وطئ، وطئ ملك نفسه ملكًا حلالا ؛ لأن الملك ثابت للموهوب له بوصف الحل ؛ لكون السبب صحيحًا، ولهذا حل له الوطء، وبالرجوع لم يظهر أن الملك لم يكن له وقت الوطء ؛ لأن الرجوع لايستند إلى وقت العقد، بل يقتصر على حال وجوده ؛ لأنه فسخ للعقد، وإذا اقتصر على حال وجوده صار واطئًا ملك نفسه، فلم يكن عليه عقر، فأما ههنا فالملك فى حق الوطء غير ثابت ؛ لكون السبب فاسدًا، ولهذا لم يحل له الوطء، وإذا لم يثبت الملك فى حق الوطء، كانت الجارية فى حق الوطء كالمغصوبة، فإذا لم يحد للشبهة وجب العقر، كما فى الغاصب، هذا الذى ذكرنا، إذا لم يعلقها.

فأما إذا أعلقها يضمن قيمتها ؛ لأنه بالإعلاق صارت أم ولد له، فعجز عن ردها، فكان عليه رد قيمتها، كما لو أعتق.

١٢٢٦٩- وإذا وجبت القيمة، هل يجب العقر؟ فعلى قول شمس الأئمة السرخسى : لا عقر رواية واحدة[١]، كما ذكرها فى كتاب البيوع.

وعلى ما ذكره شيخ الإسلام فى المسألة روايتان : على رواية كتاب البيوع : لا عقر عليه، وعلى رواية كتاب الشرب : عليه العقر، وجه ما ذكر فى كتاب الشرب : أن الجارية وإن كانت ملكًا للمشترى وقت الوطء ؛ إلا أن للبائع حق الاسترداد فى جميع الجارية، وبالوطء أبطل على البائع حق الاسترداد فيما استوفى بالوطء، فيضمن قيمة ما استوفى، كما لو كان المستوفى ملك البائع ؛ لأن الحق معتبر بالحقيقة.

وجه ما ذكر فى كتاب البيوع : أن حق البائع فى المستوفى لا يكون أكثر حالا من حقيقة الملك، ولو كان حقيقة الملك للغير، إذا تقرر عليه الضمان، لم يضمن العقر، كما فى الغاصب، فهھنا أولى.

١٢٢٧٠- وفى "نوادر ابن سماعة" : عن محمد : رجل اشترى من آخر جارية شراءً فاسدًا، وقبضها، وولدت فى يده أولادًا، وماتت، ثم إن البائع ضمن المشترى قيمة الجارية يوم قبضها، فإن البائع يأخذ من المشترى أولادها، ولا يجعل المشترى مالكًا للجارية يوم قبضها، يعنى ملكًا صحيحًا فيما يحكم به فى أولادها.

قال الحاكم أبو الفضل : خالف بين المشترى شراءً فاسدًا، وبين المشترى من الغاصب ؛ فإن الجارية إذا و لدت فى يد المشترى من الغاصب، ثم البيع فيها بتضمين البائع، فإن هنا يتم

---

(١) هكذا فى "ن"، وكان فى "ظ" و "ف" : واحدة، وعليه يحمل رواية كتاب البيوع.

البيع من جميع الجهات.

وفى "المنتقى" : فى باب حكم الشراء الفاسد فى أوله : رجل اشترى من آخر جارية شراءً فاسدًا، ثم إن المشترى وطءها، وولدت منه أولادًا، ثم استحقها رجل يأخذها، وعقرها وولدها، ولا يرجع المشترى على البائع إلا بالثمن؛ لأنه ليس بمغرور.

ألا يرى أنها لو ولدت من غير المشترى، كان له أن ينقض البيع، ويأخذها، وولدها من المشترى.

وذكر فى هذا الباب : عن أبى يوسف : أن المشترى يرجع بقيمة الولد على البائع، وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله فى باب الاستحقاق من "المنتقى".

وفى باب حكم الشراء الفاسد : عن محمد فى "المنتقى" أيضًا : رجل اشترى من آخر أمة شراءً فاسدًا، وزوجها من رجل بمهر مسمّى، فوطئها الزوج، وقد كانت بكرًا، ثم إن البائع خاصم فيها وأخذها، فالنكاح جائز، والمهر للبائع، فإن كان فيه وفاء بما نقصها من ذهاب العذرة، فلا شيء على المشترى، وإن كان النقصان أكثر من المهر رجع به على المشترى.

١٢٢٧١- وفى "نوادر بشر" : عن أبى يوسف رحمه الله : رجل اشترى من آخر أمة شراءً فاسدًا، وزوجها من رجل بمهر مسمى، فوطئها الزوج، ثم إن البائع خاصم فيها وأخذها، فعلى المشترى الأكثر من مهر مثلها، ومما نقصها التزويج، وللمشترى على الزوج مهرها الذى سمى الزوج، فإن كان فيه فضل، تصدق به، والنكاح على حاله.

وكذلك إن طلقها طلاق الرجعة، وإن طلقها واحدة بائنة، فعليه مهر مثلها، ولا نقصان عليه.

وذكر هذه المسألة فى "المنتقى" مرة أخرى، وذكر أن على المشترى مهر مثلها، وما نقصها التزويج.

وفى "نوادر هشام" : قال : سألت محمدًا عن رجل اشترى من آخر غلامًا شراءً فاسدًا، وقبضه ثم باعه، أو استهلكه بعد ما ازداد، قال : أخبرنى أن أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله، قالا : عليه قيمته يومَ قَبضَ.

وقال محمد رحمه الله : فيما أظن عليه قيمته يومَ استهلكَه، هذا إذا كانت الزيادة من حيث السعر، وإن كانت الزيادة من حيث العين، فعليه فى قول محمد : أيضًا قيمته يوم قبض.

١٢٢٧٢- وفى بيوع "الجامع" : رجل اشترى من آخر عبدًا شراءً فاسدًا، وقبض المشترى

العبد بإذن البائع، ونقده الثمن، ثم أراد البائع أن يأخذ عبده، كان للمشترى أن يحبس العبد منه إلى أن يستوفى الثمن؛ لأن الفاسد من العقود ملحق بالجائز فى حق الأحكام، وفى البيع الجائز لو أن . . . العقد بعد القبض كان للمشترى حق حبس المشترى إلى أن يستوفى الثمن من البائع، وهذا لأن المشترى إنما قبض العبد مقابلا بما نقده، فصار كالرهن به عند ارتفاع السبب بالفسخ، فكان له حق الحبس به، كما فى الرهن.

فإن مات البائع، ولا مال له غير العبد، كان المشترى أحق بالعبد من غرماء البائع؛ لأنه كان أحق به من الجميع فى حال حياة البائع، فيكون أحق به من غرماءه بعد وفاته، فيباع العبد بحقه، فإن كان الثمن الثانى مثل الثمن الأول، أخذه المشترى، فإن فضل الثمن الثانى على الثمن الأول، فالفضل لغرماء البائع، وإن كان الثمن الثانى أقل، كان هو أسوة لسائر غرماء البائع يصرف هو معهم ببقية حقه فيما يظهر له من الشركة، وإن مات العبد فى يد المشترى، كان عليه قيمة العبد؛ لما ذكرنا فيتقاصان ويترادان الفضل، إن كان ثمه: فضل.

ولو كان المشترى اشترى العبد بألف درهم، دين كان للمشترى على البائع قبل الشراء، اشتراه بذلك شراءً فاسدًا، وقبضه بإذن البائع.

ثم إن البائع أراد استرداد العبد بحكم فساد البيع، وأراد المشترى حبسه بما كان له عليه من الدين، لم يكن له ذلك، فرق بين هذا، وبينما لو كان البيع جائزًا فى هذه الصورة؛ فإن هناك للمشترى أن يحبس العبد إلى أن يستوفى ما على البائع من الدين، ولم يذكر محمد هذا الحكم فى البيع الجائز، وإنما ذكر مسألة الإجارة بدين سابق للمستأجر على الآجر، وفرق فيها بين الإجارة الجائزة، والإجارة الفاسدة فى حق حكم الحبس بالدين السابق، فقال فى الإجارة الجائزة للمستأجر حق حبس المستأجر بما كان له من الدين على الآجر، وقال فى الإجارة الفاسدة: ليس له حق الحبس بذلك.

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: ولا فرق بين الإجارة الجائزة وبين البيع الجائز، فالرواية فى الإجارة تكون رواية فى البيع، والفرق بين البيع الجائز، وبين البيع الفاسد أن العقد فى البيع الجائز لا يتعين[1] بعين ذلك الدين، بل بمثله دينًا فى ذمة المشترى، ثم يلتقيان قصاصًا لاستواءهما قدرًا ووصفًا، فيصير البائع مستوفيًا الثمن بحكم المقاصة، فيعتبر بما لو استوفاه حقيقة، وهناك للمشترى حق حبس المبيع بعد الإقالة إلى أن يستوفى الثمن، فكذا إذا صار مستوفيًا الثمن بحكم المقاصة، فأما فى البيع الفاسد إن كان لا يتعلق العقد بعين ذلك الدين

---

(١) وفى النسخة "م": لا يتعلق بدلا من لا يتعين.

أيضًا، ولكن لا يجب مثل ذلك دينًا فى ذمة المشترى، وإنما يجب قيمة المبيع عند القبض والقيمة غير متقررة قبل الهلاك؛ فإنها تحتمل السقوط فى كل ساعة وزمان بالفسخ، فأما دين المشترى على البائع متقرر، فلم يتفقا وصفًا، والمقاصة إنما تقع عند الاستواء فى الوصف، ولهذا لم تقع المقاصة بين المؤجل والحال لعدم استواءهما وصفًا وإذا لم تقع المقاصة، لم يصر البائع مستوفيًا الثمن بالمقاصة ليعتبر ذلك بالاستيفاء حقيقة، فإن مات البائع وعليه ديون كثيرة، والعبد عند المشترى، ففيما إذا وقع الشراء فاسدًا، لا يكون المشترى أحق بالعبد؛ لأنه لم يكن أحق بالعبد حال حياة البائع، حتى لم يكن له حق حبس العبد، فلا يكون أحق به بعد وفاة البائع، فيباع العبد، ويقسم الثمن بين غرماء البائع، والمشترى من جملتهم، وفيما إذا وقع الشراء جائزًا، يجب أن يكون المشترى أحق بالعبد؛ لأنه كان أحق بالعبد حال حياة البائع، حتى كان له حق حبسه من البائع، فيكون أحق به بعد وفاته أيضًا.

١٢٢٧٣- وفى "الجامع الصغير" أيضًا: رجل اشترى من آخر عبدًا شراءً فاسدًا على أن البائع فيه بالخيار، وقبض المشترى العبد فى مدة الخيار بإذن البائع، فأعتقه فى مدة الخيار، لا ينفذ إعتاقه؛ لأن الفاسد من العقود ملحق بالجائز فى حق الأحكام، وخيار البائع فى العقد الجائز يمنع ثبوت الملك للمشترى، فكذا فى العقد الفاسد، وإنما صح الخيار فى البيع الفاسد وإن كان البيع الفاسد غير لازم؛ لأن فيه فائدة، حتى يمنع انعقاده فى حق الحكم، وهو الملك؛ فإن البيع الفاسد العارى عن شرط الخيار منعقد فى حق الحكم، ولهذا يفيد الملك عند اتصال القبض به، ومع شرط الخيار لا يفيد الملك عند اتصال القبض به، فكان شرط الخيار فى البيع الفاسد مفيدًا، فصح شرط الخيار لهذا، ولو أعتقه المشترى بعد ما سقط الخيار بإسقاطها، أو بمضى المدة، صح إعتاقه؛ لأن عند زوال الخيار يثبت الملك للمشترى بالسبب السابق، ولا يحتاج فيه إلى تجديد القبض؛ لأن قبضه الأول موجب ضمان القيمة، وكان مضمونا بضمان نفسه، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء الصحيح، فينوب عن قبض الشراء الفاسد.

١٢٢٧٤- قال فى "المنتقى": رجل اشترى من آخر عبدًا شراءً فاسدًا بألف درهم، وتقابضا، ثم إن البائع استرد العبد بحكم فساد العقد، كان للمشترى أن يأخذ القيمة، إن وجدها بعينها، ولا يكون للبائع أن يمنعه منها، قال ثمه: ألا ترى أن البائع لو مات، كان المشترى أحق بالقيمة، فهذا إشارة إلى أن الدراهم والدنانير يتعينان فى البيوع الفاسدة، وهكذا ذكر فى كتاب الصرف، ووجه ذلك أن المقبوض بحكم العقد الفاسد يشبه المغصوب؛ لأن أول القبض يلاقى ملك المشترى، ثم يصير مملوكًا للبائع عند تمام القبض، كما فى جانب المبيع، فإن

أول القبض فى المبيع يلاقى ملك البائع، ثم يصير مملوكًا للمشترى عند تمام القبض، والدراهم والدنانير يتعينان فى الغصب، فكذا فى العقد الفاسد.

قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن رجل اشترى من رجل غلامًا شراءً فاسدًا بألف درهم، وقبضه المشترى، ثم اشتراه منه البائع بمائة درهم شراءً صحيحًا، قال: إن قبضه البائع، فهو فسخ للبيع الأول، وإن لم يقبضه، فليس بفسخ له.

بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فى رجل اشترى من آخر عبدًا شراءً فاسدًا، وقبضه، ثم باعه من غيره، ثم تقايلا البيع، ورد المشترى الثانى العبد على المشترى الأول، ثم جاء البائع الأول، وخاصم المشترى الأول فى البيع الفاسد، فلا سبيل له عليه؛ لأن الإقالة بيع مستقل فى حق الثالث، فصار نظير الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء، وقد مر الكلام فيه.

١٢٢٧٥- ولو باعه من آخر بيعًا فاسدًا، وسلمه إليه، فإن خاصم البائع الأول المشترى الأول، ضمنه القاضى قيمتها، وإن لم يخاصمه حتى خاصم المشترى الأول المشترى الآخر فى البيع، وفسخه القاضى، ثم خاصمه الأول؛ فإنه يرد عليه.

الحسن بن زياد: عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: فى رجل اشترى من رجل جارية شراءً فاسدًا، وقبضها، وولدت فى يد المشترى ولدًا من غير المشترى، فإن كان فى ولدها وفاء بنقصان الولادة، لم يغرم نقصانها، وإن لم يكن بالولد وفاء بالنقصان، أخذ البائع تمام النقصان، فإذا زاد الولد بعد ذلك زيادة، يكون وفاء بالنقصان، فإن المشترى يرجع على البائع بما ضمن من نقصان الولد، فإن نقص الولد بعد ذلك، لا يلزمه شىء، والحكم فيما بين الغاصب والمغصوب منه إذا ولدت الجارية عند الغاصب، وليس بالولد وفاء بنقصان الولادة نظير الحكم فيما بين البائع والمشترى فى الشراء الفاسد، وهذا شىء يجب أن يحفظ.

١٢٢٧٦- بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر عبدًا شراءً فاسدًا، فلم يقبضه حتى قال للبائع: أعتقه عنى، فأعتقه عنه، كان العتق عن البائع، ولا يكون للمشترى.

١٢٢٧٧- ولو اشترى حنطة شراءً فاسدًا، فأمر البائع أن يطحنها، فطحنها، فالدقيق للبائع، وكذلك لو كانت شاة، فأمر بذبحها.

١٢٢٧٨- ولو اشترى قفيز حنطة شراءً فاسدًا، وأمر المشترى البائع حتى خلطه بطعام المشترى، فهذا قبض، وعلى المشترى مثله.

١٢٢٧٩- رجل اشترى قسلا، أو قضبان كرم، أو قضبان شجر، شراءً فاسدًا، وقبضه،

وغرسه، فأطعم، أو كان غاصبًا، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: هما سواء، وعلى المشترى والغاصب قيمة ذلك؛ لأنه تغير، ولو كان غصب نخلا قد أطعم، فغرسه، فنبت، وأطعم عنده، أو كان ذلك شراءً فاسدًا قلع فى الغصب، ورد على صاحبه؛ لأنه عين ماله، وأما فى الشراء الفاسد فعلى المشترى قيمته، ولايقلع فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه مثل قوله فى الأرض إذا بناها، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن كان قلعه [ينقص الأرض، فلم أقلعه فى الشراء الفاسد، مثل قوله فى الثوب إذا قطعه، وخاطه، وحشاه، وإن كان قلعه][1] لا ينقص الأرض قلعته مثل قوله فى البناء أنه يهدم؛ لأن هدمه لا ينقص الأرض، وفى الغصب قلعته وإن نقص الأرض.

ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى عبدًا شراءً فاسدًا، وقبضه، وزوجه امرأة حرة على مهر مسمى، فدخل بها، ولم ينقد المهر، ثم خاصم البائع المشترى فى فساد البيع، فإن القاضى ينظر فيما لزمه من النفقة لما مضى والمهر، فإن بلغ ذلك قيمة العبد، فالبائع بالخيار، إن شاء أخذ القيمة وسلم العبد للمشترى، وإن شاء أخذ عبده ولم يرجع بشىء، وإن لم يبلغ ذلك قيمته، أخذ العبد، وأخذ ما نقصه، يقوم على هذه الحالة، ويقوم وليس عليه دين، والنكاح جائز على كل حال، والمهر الذى فى رقبة العبد، فالمشترى ضامن للمرأة على كل حال [لأنها] عادلها، فإن لزم العبد دين عند البائع بعد ما ينقض البيع من نفقة امرأته، لم يرجع بذلك على المشترى.

ولو عمى العبد عند المشترى، فإنه ينقض البيع، ويرد العبد على البائع، وللبائع أن يضمنه ما نقصه العمى، وإن شاء ترك العبد على البائع، وضمنه القيمة، وهذا كله قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وعلى قياس قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه إذا أخذ البائع العبد، فلا شىء له.

١٢٢٨٠- وفى "نوادر ابن سماعة": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر عبدًا شراءً فاسدًا، ثم إن المشترى أذن له فى التجارة، فلحقه دين، ثم إن البائع خاصم المشترى فى استرداد القيمة، فإنه يرد العبد عليه، ولا سبيل للغرماء عليه، ويضمن المشترى الأقل من قيمة العبد ومن الدين، يعنى للغرماء.

وعنه أيضًا فيمن اشترى جارية شراءً فاسدًا، وقبضها المشترى، وزوجها من رجل، ثم فسخ البيع بينهما بحكم الفساد، وأخذها البائع مع ما نقصها التزوج، ثم إن الزوج طلقها قبل

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الدخول بها، كان على البائع أن يرد على المشترى ما أخذ من النقصان، قال: ألا ترى أنه لو لم يكن تزويج، ولكن ابيضت إحدى عينيها فى يد المشترى، ثم إن المشترى ردها، ورد معها نصف القيمة، ثم ذهب البياض، وعادت إلى الحالة الأولى، فإن البائع يرد على المشترى ما أخذ من نصف القيمة، وطريقه ما قلنا.

١٢٢٨١- وفى "نوادر ابن سماعة": رجل قال لغيره: اشتريت منك عبدك بهذا الثمن الذى فى هذا الزق، فباعه إياه بذلك الزق، والزق بحضرتهما، ففتحه، فإذا لا شىء فيه، وقد قبض المشترى العبد، وأعتقه، فالعتق جائز، كأنه اشتراه بالثمن، ولم يسمّ ما هو؟ وكذلك لو قال: اشتريته منك بهذا الثوب، وأشار إلى شىء يريد أن يريه وهما يعلمان أنه ليس فى ذلك الموضع ثوب.

١٢٢٨٢- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": رجل اشترى من آخر جارية شراءً فاسداً، وقبضها بإذن البائع، فأراد البائع أن يستردها بحكم الفساد، فأقام المشترى بينة أنه باعها من فلان بكذا، فإن صدقه البائع فيما قال، ضمنه قيمتها؛ لأنهما تصادقا على أنه تعذر ردها لخروجها عن ملك المشترى، وإن كذبه البائع فيما قال، كان للبائع حق استرداد الجارية؛ لأن حق البائع قد ثبت فى الاسترداد بحكم فساد البيع، فلو امتنع الاسترداد إنما يمتنع بحكم هذه البينة، وتعذر القضاء بهذه البينة؛ لما فيه من القضاء على الغائب من غير أن يكون عن خصم حاضر، فإن استردّ البائع الجارية، ثم حضر الغائب، وصدق المشترى فيما قال: كان للذى حضر أن يسترد الجارية من البائع الأول؛ لأن التصديق يستند إلى وقت الإقرار؛ لأن ذلك الإقرار وقع صحيحًا؛ لأنه حصل لمعلوم، وإذا استند التصديق إلى وقت ذلك الإقرار، ظهر أن استرداد البائع الأول وقع باطلا، وكان للذى حضر أن يأخذ الجارية من البائع الأول، فإن كان البائع الأول صدق المشترى فيما قال، وأخذ القيمة، ثم حضر الغائب، لم يكن للبائع الأول استرداد الجارية، سواء صدق الذى حضر المشترى، أو كذبه، فأما إذا صدقه فظاهر، وأما إذا كذبه: فلأن البائع الأول أقر ببطلان حقه فى الاسترداد، وإقرار كل إنسان حجة فى حقه، فلا يعود حقه فى الاسترداد بتكذيب البائع.

ولو قال المشترى: بعتها من رجل، ولم يسمه، وكذبه البائع، كان للبائع أن يستردها؛ لأنه لو أقر لمعلوم، وكذبه البائع، كان للبائع أن يستردها، فإذاً أقر لمجهول أولى، فإن استرد البائع، ثم جاء رجل، فقال المشترى: إنما عنيت هذا، فإن كذب ذلك الرجل المشترى، فالاسترداد ماض، وإن صدقه فكذلك؛ لأن الإقرار حال وجوده وقع باطلا لحصوله لمجهول،

إلا أن بعد الاسترداد هو مصر على إقراره، فيلحق التصديق بهذا الإقرار، وصار كأنهما تصادقا بعد استرداد البائع، وبه لا يبطل استرداد البائع، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك الإقرار وقع صحيحًا لوقوعه لمعلوم، واستند التصديق إليه، ومن ضرورته بطلان الاسترداد، قال في الكتاب: وهو نظير ما لو قال المشترى: إنها ليست لى، لا يبطل به حق البائع في الاسترداد.

ولو قال: إنها لفلان، فإن صدقه البائع في ذلك، بطل حق البائع في الاسترداد، وإن كذبه البائع في ذلك، استرد العبد، فإن حضر المقر له، وصدق المشترى، أخذ الجارية وبطل استرداد البائع، وإن كذبه، فالاسترداد ماضٍ -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

الفصل التاسع
في حكم شراء الفضولي، وبيع أحد الشريكين في شيء كله أو في بعضه، وما يكون إجازة في ذلك، وما لا يكون وفي اجتماع الفضوليين على التصرف في محل واحد ويدخل فيه بعض مسائل مع الغاصب

١٢٢٨٣- وإذا اشترى الرجل شيئًا لرجل بغير أمره، كان ما اشترى لنفسه، وإن أجازه الذي اشتراه، وصورته: إذا قال البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بكذا، فقال المشتري: اشتريت، ونوى بقلبه الشراء لفلان، وهذا بناء على أصل أن شراء الفضولي إنما يتوقف على الإجازة إذا لم يجد نفاذًا على المشتري، كما لو كان المشتري عبدًا محجورًا عليه، أو صبيًا محجورًا عليه، أما إذا وجد نفاذًا على المشتري، ينفذ، ولا يتوقف على الإجازة، وقد وجد نفاذًا على المشتري ههنا، فنفذ عليه، ولم يتوقف، فلا تعمل إجازة المشتري له فيه، وهذا إذا أضاف العقد إلى نفسه.

وأما إذا أضاف العقد إلى المشترى له، فهو على وجوه: أحدها: أن يقول البائع: بعت هذا العبد من فلان، وقال الفضولي: اشتريت لفلان، قبلت لفلان، أو [قال: اشتريت، قبلت لفلان، أو قال:][1] اشتريت، قبلت، ولم يقل: لفلان، وفي هذا الوجه يتوقف، ويعمل إجازة المشترى له فيه.

الثاني: أن يقول الفضولي لصاحب العبد: بع هذا العبد من فلان بكذا، فقال البائع: بعت، وقال المشتري: قبلت لفلان، أو قال: اشتريت لفلان، أو لم يقل: لفلان، وفي هذا الوجه يتوقف، ولا ينفذ على المشتري.

والثالث: أن يقول صاحب العبد للفضولي: بعت منك هذا العبد لأجل فلان، فيقول الفضولي: قبلت، أو اشتريت، أو يقول الفضولي لصاحب العبد: اشتريت منك هذا العبد لأجل فلان، فيقول صاحب العبد: بعت، وفي هذا الوجه ينفذ العقد على المشتري، ولايتوقف هذه الجملة من بيوع "شرح الطحاوي".

ورأيت في موضع آخر، لو قال صاحب العبد للفضولي: بعت منك هذا العبد بكذا، وقال الفضولي: قبلت لفلان، أو قال: اشتريت لفلان، أو بدأ الفضولي، فقال: اشتريت

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "ظ".

منك هذا العبد لفلان، وقال صاحب العبد: بعت منك، وذكر أن الصحيح أن العقد[1] يتوقف، ولا ينفذ على الفضولي، .

[وذكر محمد في وكالة "الجامع" في آخر باب الوكالة في البيوع ما يضمن ولا يضمن مسألة تدل على الفضولي إذا اشترى وهو من أهل أن ينفذ عليه ينفذ عليه، ولا يتوقف، وإن أضاف الشراء إلى المشترى له نصًا، وكتب تعليقًا، أن هذا فصل اختلف فيه المتأخرون، واختلافهم فيه بناء على اختلاف الروايات عن محمد، و][2] في "شرح الطحاوي" أيضًا: أن الفضولي إذا باع مال الغير، فهو على وجهين: إن باعه بثمن لا يتعين بالتعيين، فإنما يلحقه الإجازة بقيام الأربعة: البائع، والمشتري، والمالك، والمبيع، ولا يشترط لصحة الإجازة قيام الثمن في يد البائع، فإن أجاز المالك البيع في حال قيام الأربعة، جاز البيع، ويكون البائع كالوكيل للمجيز، والثمن للمشتري إن كان قائمًا، وإن هلك في يد البائع، هلك أمانة، وإن باعه بثمن يتعين بالتعيين، يشترط مع ذلك قيام الثمن لصحة الإجازة، ثم إذا صحت الإجازة في هذا الوجه، وهو ما إذا كان الثمن شيئًا يتعين بالتعيين، وكان الثمن قائمًا، فالثمن يكون للبائع دون المجيز؛ لأن البائع صار مشتريًا للثمن إذا كان الثمن شيئًا يتعين بالتعين، والشراء ينفذ على المشتري، ولا يتوقف، ويرجع المجيز على البائع بقيمة ماله إن كان من ذوات القيم، وبمثله إن كان من ذوات الأمثال.

١٢٢٨٤- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": إذا باع متاع غيره بغير إذنه، ثم مات، فأجاز صاحب المتاع البيع، لا يجوز، وأنه موافق لما ذكره الطحاوي، فرق بين هذا وبين النكاح، والفرق أن البيع إذا جاز، يصير البائع وكيلا؛ لما عرف أن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، فترجع إليه الحقوق، والميت لا يصلح وكيلا، ولا كذلك النكاح، فإن هناك لا ترجع الحقوق إلى الوكيل.

وفي "نوادر ابن سماعة": قلت لمحمد رحمه الله تعالى: أرأيت رجلا غصب من آخر حيوانًا، وباعه من آخر، فأجاز المغصوب منه البيع، ولا يعلم ما حال المغصوب، قال محمد رحمه الله تعالى: البيع جائز حتى يعلم أنه تلف، قال: وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع ببغداد، وقال: البيع فاسد حتى يعلم حياته، فإن قال المشتري: المبيع كان هالكًا وقت الإجازة، وقال البائع: إنما مات بعد الإجازة، فالقول قول البائع.

---

(١) وفي "م": أن العقد الفاسد يتوقف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

١٢٢٨٥- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله تعالى" : رجل باع ثوب غيره بغير أمره، فقبضه المشترى، وصبغه، ثم أجاز رب الثوب البيع، جاز، ولو قطعه وخاطه، ثم أجاز البيع، لم يجز؛ لأن المبيع قد هلك من وجه، وصار شيئًا آخر [من وجه][1] ألا ترى[2] أن الغاصب إذا فعل ذلك، ملكه.

١٢٢٨٦- وفى "نوادر ابن سماعة" : إذا باع أحد الشريكين نصف الدار مشاعًا، ينصرف إلى نصيبه، ولو باع فضولى نصف الدار المشتركة بين رجلين، ينصرف البيع إلى نصيبهما، فإن أجاز أحدهما، صح البيع فى النصف الذى هو نصيب المجيز، وهذا قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد وزفر : البيع جائز فى ربعها، ولو وهب نصيبه من الدين المشترك للمديون، جازت الهبة فى نصيبه، ولو وهب نصف الدين مطلقًا، تنفذ الهبة، كما لو وهب نصف العبد المشترك.

هشام عن محمد رحمه الله تعالى : فى غلام بين رجلين، ليسا بشريكين فى الأشياء، قال أحدهما لصاحبه : قد وكلتك ببيع نصيبى من هذا الغلام، فباع المأمور نصف الغلام بعد هذا القول، فلم يبين أى النصفين هو، ثم مات العبد بعد تسليم المبيع منه، فقال البائع بعد موته : قد بعت نصيبى، فالقول قوله.

١٢٢٨٧- قال فى "الجامع الكبير" : رجل باع عبد غيره بغير أمر صاحبه بألف درهم، وقبله المشترى، وباعه آخر من رجل آخر بألف درهم بغير أمر صاحب العبد، فقبله المشترى الثانى، توقف العقدان؛ لأنه لا مزاحمة فى التوقف، وإذا بلغ المولى ذلك، فأجازهما بنصف العقدين؛ لأنه البيعين تعارضا فى الحكم، وليس أحدهما بأولى من الآخر، والمحل قابل للتنصيف، فينصف، وكان لكل واحد من المشتريين الخيار؛ لأن كل واحد منهما إنما أقدم على الشراء رغبة فى الكل، ولم يسلم لكل واحد منهما إلا النصف.

١٢٢٨٨- وكذلك لو وكل المولى رجلين كل واحد منهما ببيع العبد، فباعه كل واحد منهما من رجل على حدة، ووقع البيعان جميعًا معًا، يحكم بالتنصيف؛ لأنا نعتبر الإذن فى الابتداء بالإجازة فى الانتهاء، ولو وجدت الإجازة فى الانتهاء بالبيعين ينصف البيعان، فكذا إذا وجد الإذن بالبيعين فى الابتداء، وتخير المشتريان؛ لما قلنا، وكذلك لو كان الذى ولى البيع

---

(١) هكذا فى النسخة "م".

(٢) وفى النسخة "م" : ألا ترى أن الغاصب إذا فعل، ذلك كان لصاحب الثوب أن يترك الثوب عليه، ويضمن قيمة ثوبه أبيض، وفى "نوادر ابن سماعة".

فضوليّا واحدًا، والمشترى اثنان، باع العبد من رجل بألف بغير أمر المولى، وباع من آخر كذلك، فبلغ المولى، فأجازهما بنصف العقدين.

وكان أبو الحسن الكرخى رحمه الله تعالى يقول: تأويل هذه المسألة فيما إذا خرج البيعان معًا، بأن قال الذى ولى البيع: بعت من كل واحد منكما جميع العبد من هذا بألف، فقبلا جميعًا، ثم أجاز المولى البيعين، فأما إذا حصل ذلك على وجه التعاقب، فالثانى ينقض الأول؛ لأن الفضولى يلتزم العهدة، والناس يتفاوتون فى الوفاء بموجب المعاملة، فصار إقدامه على البيع الثانى فسخًا للعقد الأول، والفضولى يملك فسخ العقد الموقوف قبل إجازة المالك، ولهذا لو فسخه صريحًا، ينفسخ، فيتضمن إقدامه على البيع من الثانى فسخًا للبيع الأول، صار كما لو كان المباشر للبيع الثانى هو المالك، وصار كما لو كان المشترى واحدًا، وأكثر مشايخنا رحمهم الله تعالى على أن ما ذكر فى الكتاب أصح، ووجهه أنه لم يوجد من الفضولى فسخ العقد الأول، لا نصّا ولا دلالةً، أما نصّا فلا شك، وكذلك دلالة لما قلنا: إنه لا مزاحمة فى التوقف، بخلاف ما إذا كان المباشر للعقد الثانى هو المالك؛ لأن المالك أوجب حكم العقد، وبين الحكمين تنافٍ، فانتقض الأول ضرورة، بخلاف ما إذا كان المشترى واحدًا؛ لأن الشراء الثانى لازم فى حق المشترى، وإنما امتنع النفاذ من الجانب الآخر لحق المولى، فصار إقدام المشترى على الشراء الثانى فسخًا للأول، وهو يملك فسخ البيع الأول، فأما ههنا إن وجد من المشترى الثانى دلالة الفسخ، إلا أنه لا يملك فسخ العقد الأول، والفضولى وإن ملك الفسخ، لم توجد منه دلالة الفسخ، فلهذا لا ينفسخ العقد الأول.

١٢٢٨٩- ولو باع الفضولى أمة رجل بألف درهم، وزوّجها آخر من رجل بمائة دينار، فبلغ المولى، فأجازهما، جاز البيع، وبطل النكاح؛ لأن البيع أقوى، إذ يستفاد به ما يترتب عليه ما يستفاد بملك النكاح، وهو ملك المتعة، وملك النكاح لايستفاد به شيئًا يترتب عليه ما يستفاد بالبيع، وهو ملك الرقبة، ولهذا لو طرأ البيع على النكاح الموقوف، لا يبطله، ولو استويا، كان ترجيح البيع أولى؛ لأنه يقبل[1] التنصيف، والنكاح لا يقبل التنصيف.

١٢٢٩٠- ولو أعتقها رجل بغير أمره، أو كاتبها، وباعها الآخر، فأجازهما المولى معًا، جاز العتق والكتابة، وبطل البيع؛ لأن البيع يقبل البطلان، والعتق والكتابة لايقبلان الثبوت فى أحد النصفين مع قيام البيع فى النصف الآخر، فوجب ترجيح العتق والكتابة بهذين الوجهين، ولهذا قلنا: لو وكل رجل غيره بإعتاق عبده، أو بكتابة عبده، ووكل آخر ببيع هذا

(١) هكذا فى النسخة "م"، وكان فى الأصل و النسختين: "ظ" و "ف": لم يقبل.

العبد أيضًا، ففعلا معًا، فالعتق والكتابة أولى، فههنا كذلك.

١٢٢٩١- ولو أن رجلا وهب عبد رجل لرجل بغير أمره، وسلمه إلى الموهوب له، وباعه آخر من رجل، فبلغ المولى، فأجازهما جميعًا، جاز كل واحد منهما فى النصف؛ لأن الهبة مع القبض تساوى فى حق إفادة الملك، وكل واحد منهما قابل للتنصيف، فإن هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة صحيحة تامة، ويجبر المشترى، ولا يجبر الموهوب له، فإن اختار المشترى الإمضاء، فالأمر ماضٍ، وإن اختار الرد، لا يرد ذلك النصف على الموهوب له؛ لأن القاضى لما قضى بينهما نصفان، فقد صار الموهوب له مقضيًا عليه فى ذلك النصف، والإنسان متى صار مقضيًا عليه فى شيء، لا يصير مقضيًا عليه فى ذلك النصف إلا بسبب جديد.

١٢٢٩٢- وقال فى كتاب الدعوى: فى رجلين تنازعا فى عين، ادعى ملكه من جهة واحدة، ادعى أحدهما الملك بالشراء، والآخر بالهبة والقبض بإذن المالك، وأقاما البينة على ذلك، أن الشراء أولى، فقد رجح الشراء فى مسألة الدعوى دون مسألتنا، والوجه فى ذلك أن فى مسألة الدعوى ثبت العقدان بإذن المالك بالبينة، وجهل التاريخ، والأصل فى العقدين إذا تساويا، وجهل التاريخ أن يجعل كالمقترنين ولو اقترنا، كان البيع أولى؛ لأن البيع يوجب الملك بنفيه، والهبة لاتوجب الملك ما لم يوجد القبض، فثبت ملك المشترى أولا، وظهر أن الموهوب له قبض ملك المشترى، إذ القبض وجد بعد العقدين، فلم يثبت الملك للموهوب له، فأما ههنا القبض يقع بالعقدين جميعًا عند الإجازة، وحالة الإجازة الهبة مقبوضة للموهوب له، والهبة مع القبض تساوى البيع فى إفادة الملك، وقبول النصف، فلهذا يقضى للعقدين بينهما نصفين.

ولو كان مكان العبد فى مسألة الكتاب دارًا، والباقى بحاله، جاز البيع دون الهبة؛ لأن البيع قابل للتنصيف، والهبة ههنا غير قابلة للتنصيف؛ لأن هبة المشاع فيما تحتمل القسمة غير صحيحة، فرجحنا البيع على الهبة.

١٢٢٩٣- ومن هذا الجنس: رجل وهب دار رجل لرجل، وسلم، ووهبها رجل آخر لرجل آخر، وسلم أيضًا، فأجاز صاحب الدار العقدين معًا، بطلا عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وجازا عندهما؛ لأنه لما أجاز العقدين، صار كأنه وهبها من رجلين نصفين، إذ قضية الاستواء التنصيف، وهبة الدار من رجلين نصفين باطلة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، جائزة عندهما، فههنا كذلك، وكذلك الهبة مع الصدقة لاستواءهما فى المعنى.

١٢٢٩٤- ولو باعها رجل من رجل، ورهنها آخر من رجل بدين له، فأجاز صاحبها ذلك كله، جاز البيع وبطل الرهن؛ لأن البيع أقوى؛ لأنه يوجب ملك الرقبة، والرهن لا

يوجب ملك الرقبة، ولأن البيع قابل للتنصيف، والرهن لا يقبل التنصيف؛ لأن رهن المشاع لا يصح، سواء كان مشاعًا يحتمل القسمة، أو لا يحتمل القسمة، فلهذا رجحنا البيع، ولو كان أحدهما صدقة، أو هبة، والآخر رهنًا، فإن كان فى العبد، فالهبة والصدقة أولى؛ لما قلنا: فى البيع مع الرهن، وإن كان فى الدار بطلا، إذ لا يمكن تصحيح كل واحد منهما فى نصف الدار شائعًا.

فإن قيل: ينبغى أن يترجح الهبة والصدقة؛ لأنه أقوى منهما، فإن كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن لا يفيد ملك الرقبة؟

قلنا: الهبة إن كانت أقوى من هذا الوجه، فالرهن أقوى من وجه آخر؛ لأن الرهن عقد ضمان، والهبة عقد تبرع، فوقعت المعارضة بين قوة الرهن من هذا الوجه وبين قوة الهبة من الوجه الذى [قلتم] فيثبت[1] المساواة بينهما، وكان الحكم هو التنصيف، وواحد من ذلك لا يقبل التنصيف، ولو كانا رهنين فى دار أو عبد، فذلك كله باطل لتعذر الترجيح، وتعذر التنصيف؛ لأن رهن المشاع لا يصح على كل حال، ولم يجعل هذا بمنزلة الرهن من رجلين؛ لأن هناك لا يتحقق الشيوع، فإن العقد واحد، والكل يصير رهنًا، ولا يصير عند كل واحد منهما نصفه رهنًا، فلم يتمكن الشيوع، أما هنا العقدان توقفا؛ لينفذ كل واحد منهما فى الكل عند زوال المزاحمة، أو فى النصف عند تقاربهما، وقد بقيت المزاحمة، فينفذ كل عقد فى النصف [دون النصف] فيتمكن الشيوع.

١٢٢٩٥- وإن اجتمع البيع والإجارة فى العبد والدار، فالبيع أولى؛ لأن البيع أقوى، فإنه يفيد ملك الرقبة، وملك المنفعة بناء عليه، أما الإجارة لا تفيد ملك الرقبة؛ ولأن البيع يحتمل التنصيف، والإجارة لا تحتمل، فيترجح البيع عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه بعلتين، وعندهما بالعلة الأخرى، وإن اجتمعت الهبة والإجارة [فى العبد] فالهبة أولى؛ لأنها أقوى؛ لأنها تفيد ملك الرقبة، وملك المنفعة تبعًا[2]، والإجارة لا تفيد ملك الرقبة، والهبة [ههنا] قابلة للتنصيف، والإجارة لا تحتمل التنصيف عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وهذا إذا كانت الدعوى فى العبد، فإن كانت فى الدار، فالهبة أولى أيضًا عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، لكن للعلة الأولى، دون الثانية، وعندهما الترجيح فى الدار والعبد للعلة الأولى دون الثانية؛ لما مر.

---

(١) وفى النسخة "م": فقبلت المساواة بينهما.

(٢) وفى "م": بناء عليه مكان تبعًا.

١٢٢٩٦- وإذا اجتمع الرهن مع الإجارة، فالإجارة أولى في العبد والدار جميعًا، قيل هذا على قولهما؛ لأن الإجارة تقبل التنصيف عندهما، والرهن لا يقبل، فأما عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فهما سواء، فينبغي أن يبطلا، وقيل: لا، بل هذا قول الكل؛ لأن الشيوع في الرهن أشد تأثيرًا منه في الإجارة؛ لأن رهن المشاع باطل لا حكم له، وإجارة المشاع فاسدة لها حكم، وهو أجر المثل عند استيفاء المنافع، ورهن المشاع من الشريك لا يجوز، وإجارة المشاع من الشريك جائزة في المشهور من الرواية، فكان الشيوع أشد تأثيرًا في إبطال الرهن، فلهذا صارت الإجارة أولى، ولأن الإجارة أقوى من الرهن؛ لأن الإجارة توجب ما يوجبه الرهن، وهو الحبس، ويوجب ملك المنفعة أيضًا، وهو عقد معاملة، والرهن لايوجب ملك المنفعة، وليس بمعاوضة، فلهذا كان الترجيح للإجارة.

١٢٢٩٧- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل باع ثوبًا لرجل من ابن نفسه بغير أمر صاحبه، والابن صغير مأذون، أو باعه من عبد نفسه، والعبد مأذون له في التجارة، وعليه دين، أو لادين عليه، ثم إن البائع أعلم رب الثوب أنه قد باع ثوبه، ولم يعلمه من باعه، قال: لا يجوز ذلك إلا في عبده الذي عليه الدين من قبل أنه لو أمره ببيعه مبتدأ، لم يجز له أن يبيعه من أحد من هؤلاء [إلا][1] من عبده الذي عليه الدين.

١٢٢٩٨- قال: امرأة جاءت بألف درهم إلى رجل، وقالت: اشتر بهذه الألف هذه الدار لابني الصغير هذا، وله أب حي، فاشترى الرجل الدار، وأجاز والد الصبي ذلك، فالدار للمشتري والإجازة باطلة[تأويل المسألة إذا أضاف ذلك الرجل إلى نفسه][2].

رجل قال لآخر: قد اشتريت عبدك هذا من نفسي بألف درهم، والمولى حاضر وقت هذه المقالة، فقال: قد أجزت، وسلمت، قال: اجعله بيعًا الساعة منه بألف درهم، ولو قال: هذا في شيء ماضٍ، كان باطلا.

ولو قال: قد اشتريت عبدك هذا من نفسي ومن فلان بألف درهم، يعني أمس، فقال المولى: قد رضيت، لم يجز في شيء؛ لأنه بيع واحد بثمن واحد.

١٢٢٩٩- ولو قال: اشتريت عبدك هذا أمس، اشتريت نصفه من نفسي بخمسمائة، ونصفه من فلان بخمسمائة، فهو جائز في النصف الذي اشتراه من فلان، يعني إذا قال المولى: قد أجزت.

---

(١) هكذا في النسخة "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

١٢٣٠٠- إذا اشترى عبداً، وقبضه، فادعاه رجل أنه عبده، وأقام البينة، وقد علم بالبيع، فقضى له القاضى، وقبضه، ثم أمضى العقد، فإمضاءه باطل، وإن قضى القاضى له بالعبد، فلم يقبضه حتى أمضى العقد، فإمضاءه جائز، وكذلك إذا أمضاه قبل أن يقضى القاضى بالعبد، جاز إمضاءه.

١٢٣٠١- وفى "نوادر هشام": قال: سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن رجل غصب من رجل عبداً، وباعه، ثم جاء المغصوب منه، وأجاز البيع، قال: إن كان يقدر المغصوب منه على أخذ العبد، فإمضاءه جائز، وإلا فإمضاءه باطل [وإن كان اغتصبه بالرى، والعبد بالكوفة، والغاصب والمغصوب منه بالرى، فأجاز المغصوب منه البيع، قال محمد: إمضاءه جائز، وقال أبو يوسف: إذا علم أنه حى، فإمضاءه جائز، وإن لم يعلم أنه حى، أو ميت، فإمضاءه باطل][1]، وهذا قول أبى يوسف الآخر، وقد مرت هذه المسألة قبل هذا.

١٢٣٠٢- إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: رجلان بينهما صبرة من طعام، باع أحدهما قفيزاً منه، ثم كاله لصاحبه، فأجازه الآخر، أو لم يجزه، فالبيع جائز، والثمن كله للبائع، وإن ضاع ما بقى من الطعام فللشريك على البائع نصف قفيز، ولا سبيل له على المشترى.

ولو عزل قفيزاً من الصبرة أولا، ثم باعه، فأجازه الشريك، فالثمن بينهما نصفان، ولو لم يجزه، وأخذ نصفه، فأراد المشترى أن يرجع عليه بتمام القفيز، فليس له ذلك، وهو بالخيار، إن شاء أخذه بنصف الثمن، وإن شاء ترك.

١٢٣٠٣- إذا قال لغيره: بعتك من هذه الحنطة، وهو يكيلها كرّاً بمائة درهم، فإن هناك يقع البيع، وكذلك السمن والزيت، وما يكون له نموذج، فأما الثياب فليس لها نموذج.

وإذا باع من آخر جراباً على أنه أربعون، فإذا هو أحد وأربعون، ثم باعه المشترى على أنه أحد وأربعون، فأجاز البائع الأول ذلك، فله من هذا الثمن جزء، ومن أحد وأربعين [جزء][2]، ويقسم الثمن على عدد الثياب.

١٢٣٠٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: فى رجل غصب من آخر عبداً، وباعه الغاصب من رجل، وسلمه إلى المشترى، ثم إن الغاصب صالح مولاه منه على شىء، قال: إن صالحه على القيمة دراهم أو دنانير، جاز بيع الغاصب، وهذا بمنزلة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٢) هكذا فى النسخة "م".

ضمان القيمة، وإن صالحه على عرض من العروض، فهذا بمنزلة بيع مستقبل، فالبيع الأول باطل.

وفي "المنتقى": رجل باع [عبد] رجل من رجل بغير أمره، ثم إن البائع اشتراه من مولاه، ثم البائع أقام بينة أنه اشتراه من مولاه بعد البيع قبل ذلك، هكذا قاله محمد رحمه الله تعالى.

١٢٣٠٥- وفيه أيضًا: رجل باع عبد رجل بغير أمره، فقال له صاحب العبد: أحسنت وأصبت ودفعت، فهذا لا يكون إجازة للبيع، وله أن يرده؛ لأنه قد يكون هذا على التعجب والاستهزاء، ولكن إن قبض الثمن، فهو إجازة للبيع، وكذلك إذا قال: قد كفيتني مؤنة البيع، وأحسنت، فجزاك الله خيرًا، لم يكن ذلك إجازة؛ لأنه قد يجيء هذا على وجه الاستهزاء.

١٢٣٠٦- وفي "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله تعالى: في رجل باع جارية رجل بغير أمره، فلقيه رب الجارية، فقال: أحسنت، أو ودفعت، فالبيع جائز استحسانًا، فصار في المسألة روايتان.

وفي "المنتقى": أن قوله: بئس ما صنعت إجازة [وكذلك قبض الثمن إجازة].

١٢٣٠٧- بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل باع عبد رجل بغير أمره، فبلغه الخبر، فقال للبائع: قد وهبت لك الثمن، أو قال: تصدقت به عليك، فهذا إجازة للبيع إن كان قائمًا.

١٢٣٠٨- وعنه أيضًا: اشترى رجل أمة [رجل] من غيره، ووقع عليها، وعلقت منه، وولدت، فأجاز المولى جاز، وليس في الولد قيمة، ولا عقر على المشتري.

ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل باع عبد رجل بغير إذنه، فجاء المشتري إلى مولاه، وأخبره أن فلانًا باع عبده منه، قال: إن كان باعك بمائة درهم، فقد أجزت، فقال: إن كان باعه بمائة، أو أكثر من الدرهم جاز، وإن كان بأقل من مائة لا يجوز، وإن باعه بألف دينار لا يجوز، وإنما ينظر في هذا النوع إلى الذي وصفه، وكذلك إن قال: إن باعك بمائة دينار، فهو جائز، فهو على ما وصفت لك، وإن قال: إن كان باعك بمائة، أجزت ذلك، فهذا عدة.

١٢٣٠٩- وإذا غصب عبدًا، وباعه من غيره، ثم أبق العبد من يد المشتري، ثم أجاز المالك البيع، جاز عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، خلافًا [لزفر] -والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب-.

الفصل العاشر
فى الاختلاف الواقع بين البائع وبين المشترى

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منها فى الاختلاف فى صحة العقد وفساده

وهذا النوع يبتنى على عبارتين:

إحداهما : أن أحد المتعاقدين إذا ادعى صحة العقد، وادعى الآخر فساده، فإن كان مدعى الفساد بدعوى الفساد لا يدفع استحقاق مال عن نفسه، لا يصدق فى دعوى الفساد، وإن كان يدفع استحقاق مال عن نفسه بدعوى الفساد [يصدق فى دعوى الفساد، وهذا لأن] مدعى الفساد إذا كان لا يدفع عن نفسه استحقاق مال، بقى من جانبه مجرد دعوى الفساد، ومجرد دعوى الفساد لا يقبل؛ لأن الظاهر شاهد لمدعى الجواز، وهو ظاهر عقله ودينه؛ لأن عقل الإنسان، ودينه يمنعانه عن مباشرة العقد الفاسد، وعن دعوى الجواز كاذبًا، وظاهر عقل مدعى الفساد، ودينه إن كانا يمنعان عن دعوى الفساد كاذبًا، يمنعانه عن مباشرة العقد الفاسد، فظاهر عقل مدعى الفساد شاهد له من وجه، وعليه من وجه، وظاهر عقل مدعى الجواز شاهد له من كل وجه، والقول قول من يشهد له الظاهر، فمن كان شهادة الظاهر له أكثر، كان قوله أولى بالقبول، أما إذا كان مدعى الفساد بدعوى الفساد يدفع استحقاق مال عن نفسه لو جعلنا القول قول مدعى الجواز بشهادة الظاهر، فقد جعلناه مستحقّا مالا على صاحبه بشهادة الظاهر، والظاهر لايصلح حجة الاستحقاق، ومتى جعلنا القول قول من يدعى الجواز بشهادة الظاهر إذا كان يدعى الفساد لا يدفع، وبدعوى الفساد استحقاق مال عن نفسه، فقد اعتبرنا شهادة الظاهر لدفع صفة المعصية عن فعلها والمعاصى ابتداء تدفع عن المسلمين بشهادة الظاهر.

١٢٣١٠- إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج المسائل، فنقول فى بيع العين: إذا ادعى أحد المتعاقدين الفساد، بأن ادعى شرطًا فاسدًا، فالقول قول من يدعى الصحة؛ لأن بيع العين عقد مبادلة من الجانبين، فإن مبنى البيع على المساواة، والمعادلة بين الجانبين، فمدعى الفساد بدعوى الفساد لا يدفع عن نفسه استحقاق شىء من حيث المعنى؛ لأنه لا يحصل له مثل ما استحق عليه متى جاز العقد، والاستحقاق بخلف يعدله كَلاَ استحقاق، فكأنه لم يستحق عليه، فبقى مجرد دعوى الفساد من غير دفع الاستحقاق، فيكون القول قول من يدعى الجواز

على ما مر.

١٢٣١١- وفى باب النكاح: إذا ادعى أحد الزوجين الصحة، والآخر الفساد بأن ادعى أحدهما أن النكاح كان بغير شهود، وادّعى الآخر أنه كان بشهود، أو ادعى أحدهما أن النكاح كان فى عدة الغير، وادعى الآخر أنه كان بعد انقضاء العدة، فالقول قول من يدعى الصحة؛ لأن عقد النكاح عقد معادلة من الجانبين؛ لأن من جانب الزوج المهر، وأنه عين، ومن جانب المرأة منافع البضع، ومنافع البضع فى حكم الأعيان، فصار كبيع العين.

١٢٣١٢- والمضارب إذا ادعى فساد العقد، بأن قال لرب المال: شرط لى نصف الربح إلا عشرة، ورب المال يدعى جواز المضاربة، بأن قال: شرطت لك نصف الربح، فالقول قول رب المال؛ لأن المضارب بدعوى الفساد لا يدفع استحقاقًا عن نفسه، وإن كان يستحق على المضارب بعقد المضاربة شيء؛ لأن المستحق على المضارب منافعه، والمستحق له جزء من الربح، وأنه عين مال، وللمال جزء من المنفعة، والاستحقاق بعوض هو خير كلا استحقاق، فلم يكن المضارب بدعوى الفساد دافعًا عن نفسه استحقاقًا، فلا يقبل قوله.

ورب المال إذا ادعى فساد المضاربة، بأن قال رب المال للمضارب: شرطت لك نصف الربح إلا عشرة، والمضارب ادعى جواز المضاربة، فالقول قول رب المال؛ لأن رب المال بدعوى الفساد يدفع عن نفسه استحقاق مال؛ لأن ما يستحقه لرب المال منفعة المضارب، وما يستحق على رب المال عين مال، وهو خير من الربح، والعين خير من المنفعة، وإذا كان بحال ما يستحق على رب المال خيرًا، كان رب المال بدعوى الفساد دافعًا عن نفسه استحقاق زيادة مال، فكان القول قوله.

١٢٣١٣- وإذا ادعى رب السلم الأجل، والمسلم إليه ينكر، ولا بينة لواحد منهما، فالقول قول رب السلم استحسانًا؛ لأن المسلم إليه بدعوى الفساد سبب ذكر الأجل لا يدفع عن نفسه استحقاقًا؛ لأن المسلم فيه على تقدير ثبوت الأجل، وجواز العقد لا يصير مستحقّا للحال، فلا يكون المسلم إليه بدعوى الفساد دافعًا عن نفسه استحقاقًا، فلا يقبل قوله، ويكون القول قول من يدعى الجواز، وهو رب السلم بشهادة الظاهر، له العبارة الثانية أن العاقدين إذا اتفقا على وجود عقد واحد، واختلفا فى صحته وفساده، فالقول قول من يدعى الصحة، كما فى بيع العين، إذا ادعى أحدهما فساد العقد، بأن ادعى اشتراط شرط فاسد، والآخر يدعى الجواز [فالقول قول من يدعى الجواز][1]؛ لأنهما اتفقا على عقد واحد [لأن البيع باشتراط

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"ف".

شرط فاسد لا يصير عقدًا آخر، بل يكون بيعًا فاسدًا، فقد اتفقا على عقد واحد][1]، واختلفا فى صحته وفساده.

وكذلك فى باب النكاح: إذا ادعى أحدهما فساد العقد، بأن ادعى أن النكاح كان بغير شهود، أو ما أشبه ذلك، وادعى الآخر أن النكاح كان بشهود، فالقول قول من يدعى الجواز؛ لأنهما اتفقا على وجود عقد واحد؛ لأن النكاح بسبب الفساد لا يصير عقدًا آخرَ، إنما اختلفا فى صحته، وفساده.

وكذلك فى باب السلم: إذا ادعى رب السلم الأجل، وأنكر المسلم إليه، فالقول قول رب السلم استحسانًا؛ لأن السلم بسبب الفساد لا يصير عقدًا آخرَ، فقد اتفقا على وجود عقد واحد، واختلفا فى صحته، وفساده، فكان القول قول من يدعى الجواز.

وفى باب المضاربة: إذا قال رب المال: شرطت لك نصف الربح إلا عشرة، وقال المضارب: شرطت لى نصف الربح، فالقول قول رب المال؛ لأن هناك ما اتفقا على وجود عقد واحد، بل اختلفا فيه؛ لأن رب المال يدعى الإجارة؛ لأن المضاربة إذا فسدت، تصير إجارة فاسدة، وإذا جازت، كانت شركة، فقد اختلفا فى العقد الذى باشر المضارب، ادعى الشركة، وأنكرها رب المال، وأقر له بالإجارة، فيكون القول قول رب المال، كما لو أنكر المضاربة، ولم يقر بالإجارة.

فإن قيل: هذا القدر الذى قلتم فى فصل المضاربة يشكل بما إذا قال رب المال للمضارب: شرطت لك ثلث الربح، وزيادة عشرة، وقال المضارب: شرطت لى الثلث، فالقول قول المضارب، وقد اختلفا فى نوع العقد؟

قلنا: هناك اتفقا على عقد واحد، وهو الشركة؛ فإن المضارب ادعى ذلك، ورب المال أقر له بذلك ابتداء لما قال: شرطت لك نصف الربح؛ لأن قوله: زيادة عشرة مقطوعة عن أول الكلام، فلا يتوقف أول الكلام عليه، فكان هذا من رب المال دعوى عقد آخر بعد الإقرار بوجود عقد واحد، فلا يصدق فى دعواه [بخلاف قوله: إلا عشرة؛ لأن هذا استثناء، وأول الكلام يتوقف على الاستثناء][2].

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"ف".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: "ظ" و"ف".

١٢٣١٤- وأما إذا اختلف الزوجان في نكاح باشراه بأنفسهما أنه كان [فى][1] حالة الصغر، أو بعد البلوغ فيه، كان القول قول من يدعى النكاح فى حال الصغر؛ لأن هناك ما اتفقا على وجود العقد، بل اختلفا فى وجوده؛ لأن عبارة الصغير فيما يضره، أو يتردد بين الضرر والنفع، ملحق بالعدم، كعبارة المجنون، فكان المدعى للنكاح فى حال الصغر منكرًا وجود النكاح، فكان القول قوله، فكان بمنزلة ما لو قال: تزوجتنى قبل أن أخلق، أو قال الرجل: تزوجتك قبل أن تخلق، وقال الآخر: لا، بل بعد الخلق، أما ههنا: اتفقا على وجود النكاح؛ فإنهما اتفقا أنهما كانا من أهل العقد حال ما باشرا العقد، وإنما اختلفا فى صحته وفساده.

١٢٣١٥- وذكر فى "المنتقى": بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى "الإملاء": رجل ادعى عبدًا فى يد رجل أنى اشتريته من صاحب اليد بألف درهم، وقال صاحب اليد: بعته منه بألف درهم، وشرطت عليه أن لا يبيعه، أو ما أشبه ذلك من الشروط التى تفسد البيع، فالقول قول المشترى.

وإن كان مدعى الشرط هو المشترى، فالقول قول البائع؛ لأنهما اتفقا على وجود العقد، واختلفا فى صحته، وفساده، ومدعى الفساد بدعوى الفساد لا بدفع عن نفسه استحقاق مال على العبارة الأولى، وعلى العبارة الثانية اتفقا على وجود عقد واحد، واختلفا فى صحته وفساده، فيكون القول قول من يدعى الصحة، فإن قال مدعى الشراء: اشتريت عبدك هذا بعبدى هذا، وقال البائع: بعته منك بألف درهم، ورطل من خمر، أو قال: بألف درهم، وخنزير، فأقاما البينة، فالبينة بينة البائع، وإن ادعى البائع أن الثمن كله خمر، أو خنزير، فأقاما البينة، فالبينة بينة المشترى.

والحاصل أنه إذا اتفقت بينة البائع والمشترى على ذكر ما يصلح ثمنًا، وأثبتت إحداهما شرطًا زائدًا يفسد به البيع، كما إذا اتفقا أن البيع كان بألف درهم، وزادت إحداهما خنزيرًا، أو رطلا من خمر، فالبينة بينة الفساد.

وإذا اختلفا فى ذكر ما يصلح ثمنًا، فأثبتت إحداهما ما يصلح ثمنًا، بأن قالت: كان البيع بألف درهم، أو بهذا العبد، وأثبتت الأخرى ما لا يصلح ثمنًا، بأن قالت: الثمن كله خمر أو خنزير، فالبينة بينة الصحة.

وذكر المعلى: عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل باع من آخر دارًا، ثم قال: بعتها

---

(١) وفى النسخة "ظ": أنهما كانا فى حالة الصغر.

من آخر بيعًا صحيحًا، وقال المشترى : اشتريتها شراءً صحيحًا، فإنى أقول للبائع : كيف بعته؟ فإنى أقول للمشترى : كيف اشتريته؟ فإن قال : اشتريته بألف، ونقدت الثمن، حلفت البائع على ذلك، فإن حلف، قلت للبائع : كيف بعته؟ فإن قال : بعته على أن تبيعنى طعامًا أربح فيه، حلفت المشترى : ما اشتراه بهذا الشرط، فإن حلف كان البيع صحيحًا، وإن قال البائع : بعتها بخنزير، فالقول قوله.

١٢٣١٦- وفى "نوادر ابن سماعة" : عن محمد رحمه الله تعالى : رجل قال لآخر : بعتك هذا العبد بألف درهم ورطل خمر، وقال المشترى : اشتريته بألف درهم لاغير، قال : كان أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه يقول فى مثل هذا : القول قول من يدعى الصحة، وأما أنا : فأرى أن أجعل القول قول البائع.

ولو قال : بعتك بألف درهم حالة، وقال المشترى : بألف درهم إلى العطاء، فالقول قول البائع، وأما إن أقاما البينة، فالبينة بينة المشترى.

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى : فى رجل باع من آخر متاعًا، وسلم إلى المشترى، ثم اختلفا، فقال المشترى : اشتريته بألف درهم، وقال البائع : بعته بألف درهم، أو قال : بمائة دينار، وزاد فى دعواه أمرا، يفسد به البيع، إما شرطًا، أو ثمن حرام يفسد به البيع، فإن البائع يحلف على دعوى المشترى، وينتقض البيع إن حلف، وليس على المشترى يمين بدعوى البائع؛ لأن دعوى البائع لو أقر به جميعًا، لم يلزم بها البيع.

١٢٣١٧- قال الحاكم أبو الفضل : وقد قال فى مجلس آخر بعد هذا : فى رجل باع عبدًا من آخر، وقد أقرا جميعًا أنه كان آبقًا، فقال البائع : بعتك فى إباقه، وقال المشترى : بعته بعد ما أخذته، فالقول قول الذى يدعى صحة البيع أيهما كان، وكذلك فى نظائره، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الذى يدعى الصحة.

رجل باع من آخر بيعًا فاسدًا، وسلمه إلى المشترى، ثم إن البائع باعه من غيره بيعًا صحيحًا، وقبضه المشترى الثانى، فقال البائع للمشترى الثانى : بعتك قبل أن أقبضه من المشترى الأول، وقبل أن ينفسخ البيع بينى وبينه، وقال المشترى الثانى : لا، بل بعته [منى بعد ما قبضته، وفسخت البيع الأول، فالقول قول المشترى الثانى، ولا يصدق البائع][1] على إبطال البيع الثانى، وقد انفسخ البيع الأول بقبض المشترى الثانى.

١٢٣١٨- إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : فى رجل اشترى ألف [منّ] من القطن،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين : "ظ" و"ف".

ثم اختصم البائع والمشترى بعد ذلك، وفى يد البائع ألف [منّ][1] من القطن يوم الخصومة، فقال البائع: لم يكن فى ملكى يوم البيع قطن أصلا، أو قال: قد كان، وقد بعت ذلك القطن، ولم يكن ذلك القطن فى ملكى يوم البيع، وإنما حدث بعد ذلك، فالقول قول البائع: إنه لم يبع هذا القطن.

رجل قال لآخر: بعتك هذا العبد بألف درهم، وقال ذلك الرجل: لم أشتره منك، فسكت البائع حتى قال المشترى فى ذلك المجلس أو بعده: بلى، قد اشتريته منك بألف درهم، فهو جائز.

قال: وكذلك فى النكاح، وفى كل شىء يكون لهما جميعًا فيه حق، إذا رجع المنكر إلى التصديق قبل أن يصدقه الآخر على إنكاره، فهو جائز.

وكل شىء يكون الحق فيه لواحد مثل الهبة والصدقة والإقرار، فلا ينعقد إقراره له بعد إنكاره، هذه المسألة فى "المنتقى".

١٢٣١٩- وفى نوادر ابن سماعة": عن أبى يوسف رحمه الله تعالى: رجل باع عبد غيره بغير أمره، وسلمه إلى المشترى، ومات فى يد المشترى، فجاء المولى بعد ذلك يطلب ثمنه، وقال قد كنت أجزت البيع، لا يقبل قوله إلا ببينة، ولو قال: كان باعه بأمرى قبل قوله الواقع بينهما فى الثمن، يجب أن يعلم أن البائع مع المشترى، إذا اختلفا فى جنس الثمن أنه دراهم، أو دنانير، أو فى قدره أنه ألف، أو ألفان، أو فى صفته أنه صحاح جياد، أو زيوف مكسرة، والسلعة قائمة بعينها، أنهما يتحالفان اختلفا قبل قبض المشترى المبيع، أو بعده؛ لأن ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبائعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادّا»[2] لا يوجب الفصل، غير أن هذا الاختلاف إذا كان قبل قبض المبيع، فالتحالف على موافقة القياس؛ لأن المشترى يدعى على البائع وجوب تسليم المبيع بالثمن الذى ادعاه، والبائع ينكر،

---

(١) ما بين المعقوفين غير موجود فى النسخ الموجودة، ولكن زدنا لتصحيح العبارة.

(٢) أخرجه ابن الجارود فى "المنتقى" (٦٢٥) بلفظ "البيعان"، وكذلك الحاكم فى "المستدرك" (٢٢٩٣)، والبيهقى فى "الكبرى" (١٠٥٨٦)، والدارقطنى فى "سننه" (٧٠)، والنسائى فى "المجتبى" (٤٦٤٨)، وابن ماجه فى "سننه" (٢١٨٦)، والطبرانى فى "الأوسط" (٣٧٢٠)، كلهم من طريق عبد الرحمن عن أبيه عن جده، ولكن باللفظ المذكور فى الكتاب، وذكره ابن حزم فى "المحلى" (٨/ ٣٦٨ و٨/ ٣٦٩) من طريق ابن مسعود، وابن قدامة فى "المغنى" (٤/ ١٣٦)، فقال الحافظ ابن حجر: أما رواية التحالف فاعترف الرافعى فى التذنيب أنه لا ذكر لها فى شىء من كتب الحديث، وإنما توجد فى كتب الفقه. (التلخيص الحبير: ٣/ ٣١)

والبائع يدعى على المشترى زيادة ألف فى الثمن، والمشترى ينكر، فكان كل واحد منهما مدّعيًا ومنكرًا، واليمين حجة المنكر فى الشرع، وكان التحالف قبل القبض على موافقة القياس، وإن كان هذا الاختلاف بعد القبض، فالتحالف على مخالفة القياس، والقياس أن لا يحلف البائع، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى؛ لأن المشترى لا يدعى على البائع شيئًا ينكره البائع؛ لأن حق المشترى فى المبيع رقبة وتصرفًا، وذلك سالم للمشترى بحكم إقرار البائع، والتصرف بالقبض، وكان ينبغى أن لا يحلف البائع، لكن حلفناه بالنص، ولهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: إن هذا الاختلاف لو وقع بين ورثتهما بعد القبض، لا يتحالفان؛ لأن التحالف بعد القبض على مخالفة القياس بالنص، والنص يتناول المتبائعين، وهذا الاسم لا يتناول الورثة، وأما على قول محمد رحمه الله تعالى فالتحالف بعد القبض على موافقة القياس، وبه أخذ بشر ابن غياث والكرخى؛ لأن كل واحد منهما يدعى على صاحبه عقدًا ينكره صاحبه.

١٢٣٢٠- البائع يدعى على المشترى العقد بألفين، والمشترى ينكر، والمشترى يدّعى على البائع العقد بألف، والبائع ينكر، والعقد بألف غير العقد بألفين، وكان كل واحد منهما منكرًا من هذا الوجه، فكان التحالف بعد القبض [على موافقة القياس، ولهذا قال محمد بأن هذا الاختلاف لو وقع بين ورثتهما قبل القبض، أو بعد القبض](1)، يتحالفان؛ لأن التحالف فيما بين المتعاقدين على موافقة القياس؛ لكونهما منكرين، فيمكن قياس ورثتهما عليهما.

١٢٣٢١- وإذا وقع الاختلاف فى المبيع، فالتحالف قبل نقد الثمن على موافقة القياس، وبعد نقد الثمن، التحالف على مخالفة القياس عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى(2) بدلالة النص الذى روينا، وإلا قضية القياس أن لايحلف المشترى؛ لأنه مدع، لكنا أوجبنا عليه اليمين بدلالة النص الذى روينا؛ لأنه أوجب اليمين على المدعى متى اختلفا فى أحد بدلى العقد، وهو الثمن، فكذا إذا اختلفا فى البدل الآخر.

ثم إذا وجب التحالف كيف يتحالفان؟ ذكر فى "الأصل": أن كل واحد منهما يحلف

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: "ظ" و"ف" و"م".

(٢) هكذا فى الأصل و النسختين: "ظ" و"ف"، وكان فى النسخة "م": وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وقضية القياس أن لا يحلف المشترى؛ لأنه مدع، لكن أوجبنا عليه اليمين بالنص الذى روينا؛ لأنه لا فصل فيه بينما إذا وقع الاختلاف فى الثمن، أو فى المبيع، أو بدلالته؛ لأنه أوجب اليمين على المدعى... إلخ.

على دعوى صاحبه، يحلف البائع بالله، ما بعته بألف كما يدعيه المشترى، ويحلف المشترى بالله، ما اشتريته بألفين كما يدعيه البائع، وهكذا ذكر الكرخى فى كتابه، وذكر محمد رحمه الله تعالى فى "الزيادات" فى باب السلسلة: أن كل واحد منهما يحلف على دعوى نفسه وعلى دعوى صاحبه، يحلف البائع بالله ما بعته بألف كما ادعاه المشترى، ولقد بعته بألفين كما ادعيت أنت، ويحلف المشترى بالله، ما اشتريته بألفين كما ادعاه البائع، ولقد اشريته بألف كما ادعيت أنت، وكان أبو يوسف رحمه الله تعالى أولا يقول: يبدأ بيمين البائع، ثم رجع، وقال: يبدأ بيمين المشترى، وهو قول محمد وزفر، وإحدى الروايتين عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأن المشترى أشدهما إنكارًا؛ لأنه منكر صورة ومعنى، والبائع عندهما غير منكر أصلا، وعند محمد رحمه الله تعالى منكر صورة؛ لأن المشترى مدعى صورة؛ لأن المشترى، وإن كان يدعى على البائع البيع بألف درهم، فإنما يدعيه صورة لا معنى؛ لأن المقصود من العقد الذى يدعيه المشترى ملك الرقبة والتصرف، وكل ذلك سالم له، فكان مدّعيًا صورة، وكان البائع منكرًا صورة، فهو معنى قولنا: إن المشترى أشدهما إنكارًا، فلهذا كانت البداية بيمينهما أولى.

ثم إذا تحالفا، ذكر فى كتاب الدعوى: أن القياس [ثابت][1] أنه يقضى[2] بالبيع بأقل الثمنين كما يدعيه المشترى؛ لأن المبيع بأقل الثمنين ثابت باتفاقهما، وفى الاستحسان: يترادان العقد لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «تحالفا وترادّا»، فهذا أمر عرف بالنص، بخلاف القياس، ويحتاج إلى فسخ القاضى، وإلى فسخهما، لينفسخ العقد، أما بدون ذلك، لاينفسخ العقد بينهما.

١٢٣٢٢- وفى مسائل السلم نقول: فيما إذا اختلفا فى المسلم فيه، أو فى مقدار رأس المال فى السلم، وحلفا، فالقاضى يقول لهما: ما ذا تريدان؟ فإن قالا: نفسخ العقد، أو قال ذلك أحدهما، فالقاضى يفسخ العقد بينهما، وإن قالا: لا نفسخ العقد تركهما القاضى، رجاء أن يعود أحدهما إلى تصديق صاحبه، فيمضيان فى البيع.

وفى كتاب البيوع للحسن بن زياد: إذا حلف كل واحد منهما على دعوى الآخر، فقبل أن يفسخ القاضى العقد بينهما، فللبائع أن يقول: أنا ألزمه المشترى بألف درهم، وللمشترى أن يقول: أنا آخذه بألفى درهم، وبعد ما فسخ القاضى العقد بينهما، فليس لأحدهما كلام،

---

(١) هكذا فى النسخة "م".

(٢) هكذا فى الأصل وفى النسخة "ظ": أنه يقتضى، وفى النسختين: "ف" و "م": أن يقضى.

وأيهما نكل عن اليمين، لزمه ما ادعاه صاحبه، لصيرورته مقرًا بما يدعيه صاحبه عند نكوله، وأيهما أقام بينة، قبلت بينته، وإن أقاما بينة، فالبينة بينة البائع ؛ لأن فيها زيادة إثبات، هذا إذا وقع الاختلاف بين المتبائعين.

فإن وقع الاختلاف بين ورثتهما، أو بين ورثة أحدهما، وبين الحى، فإن كان قبل قبض السلعة يتحالفان بالإجماع، وإن كان بعد القبض، فكذلك عند محمد، وعلى قول أبى يوسف وأبى حنيفة رحمهما الله تعالى : لا يتحالفان، وقد ذكرنا هذا، إذا اختلفا فى الثمن مقصودًا، وأما إذا اختلفا فى الثمن مقتضى اختلافهما فى شىء آخر.

١٢٣٢٣- وصورته : رجل اشترى من آخر سمنًا فى زق، ووزنه مائة رطل، ثم جاء بالزق ليرده، ووزنه عشرون، فقال البائع : ليس هذا زقى، وقال المشترى : هو زقك، فالقول قول المشترى، سمى لكل رطل ثمنًا، بأن قال : كل رطل بدرهم أو لم يسمّ، وجعل هذا اختلافًا فى مقدار المقبوض، والقول قول المشترى فى أصل القبض، فكذا فى مقدار المقبوض، ثم هذا اختلاف فى الثمن ؛ لأن بزيادة وزن الزق ينقص الثمن، وبنقصان وزن الزق يزداد الثمن، فالبائع يدعى زيادة فى الثمن، والمشترى ينكر، ولم يعتبر هذا الاختلاف فى إيجاب التحالف ؛ لأن الاختلاف فى الثمن إنما وقع مقتضى اختلافهما فى الوزن، فصار الأصل أن الاختلاف فى الثمن إنما يوجب التحالف إذا كان الاختلاف واقعًا فيه مقصودًا، وههنا أشياء أخر، وكلمات كثيرة تأتى فى آخر هذا النوع إن شاء الله تعالى.

١٢٣٢٤- هذا إذا كانت السلعة قائمة بعينها لم تتغير عن حالها، وأما إذا كانت قد تغيرت عن حالها، فهذا على وجهين : الأوّل : أن يكون التغير من حيث الزيادة، وإنه على وجهين أيضًا، فإن كانت الزيادة من حيث السعر، وقد اختلفا فى مقدار الثمن قبل القبض، أو بعد القبض، فإنهما يتحالفان، وإن كانت الزيادة من حيث العين، فإن حدثت قبل القبض، أو بعد القبض، فإنهما يتحالفان، وأى زيادة ما كانت متصلة، أو منفصلة متولدة من العين، كالولد، أو بدل العين، كالأرش، أو بدل المنفعة، كالكسب والغلة، وهذا لأن موجب التحالف الفسخ، والزيادة من حيث السعر لا يمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ على كل حال، فكذا بالتحالف [وكذا الزيادة من حيث العين الحادثة قبل القبض لا يمنع الفسخ، كسائر أسباب الفسخ، فكذا بالتحالف][1] إلا أن الزيادة المتصلة إذا كانت متولدة من عينها، كالولد، أو بدل العين، كالأرش والعقر، وقد تحالفا، وفسخ القاضى العقد بينهما. فإن الزيادة تصير للبائع

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ : "ظ" و "ف" و"م".

عندهم جميعًا، كما لو حصل الفسخ بالإقالة، أو بالرد بالعيب، وإن كانت الزيادة المنفصلة بدل المنفعة كالكسب والغلة، إذا تحالفا، وفسخ القاضى العقد بينهما، أو تفاسخا، فإن الكسب والغلة يكون للمشترى عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وعلى قولهما يكون للبائع، كما لو حصل الفسخ بالإقالة قبل القبض، أو بالرد بالعيب أو بالهلاك؛ فإن هناك الزيادة تكون للمشترى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما: تكون للبائع، فالأصل عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه: أن الكسب الحادث قبل القبض إنما يكون لمن كان الأصل له يوم الكسب، وعلى قولهما لمن صار له ملك الأصل.

هذا إذا حدثت الزيادة قبل القبض، فأما إذا حدثت بعد القبض، إن كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى: يتحالفان، إلا أن يرضى المشترى أن يرد العين مع الزيادة؛ لأن الزيادة المتصلة الحادثة بعد القبض عندهما يمنع الفسخ إلا برضى من له الحق فى الزيادة، ولهذا قالا: بأن الصداق إذا ازداد بزيادة الفسخ متصلة بعد القبض، ثم ورد الطلاق قبل الدخول، فإن الصداق لا يتنصف إلا برضى المرأة، والصداق بالطلاق قبل الدخول إنما يتنصف بحكم الفسخ، على ما يعرف فى كتاب الطلاق، ثم امتنع التنصيف لمكان الزيادة المتصلة عندهما إلا برضاء المرأة، فكذا يمنع الفسخ ههنا إلا برضى المشترى، فيمنع التحالف إلا أن يرضى المتشرى، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يتحالفان؛ لأن الزيادة المنفصلة بعد القبض كالولد، لا يمنع التحالف على مذهبه، فالمتصلة أولى.

وإذا وجب التحالف على مذهبه، وتحالفا ما ذا يترادان، لم يذكرهذا فى الكتاب، وقد اختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى، قال بعضهم: بأنهما يترادان العين، رضى المشترى بذلك أم سخط، وقاسوا هذه المسألة على مسألة الصداق، فإن الصداق يتنصف عند محمد رحمه الله تعالى، رضيت المرأة بذلك أم سخطت، فكذلك ههنا المشترى يرد العين على البائع مع الزيادة، شاء أو أبى.

ومنهم من يقول: بأنهما يترادان القيمة، إلا أن يشاء المشترى أن يرد العين مع الزيادة، فهذا القائل يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة الصداق على مذهب محمد رحمه الله تعالى.

وجه الفرق له فى ذلك، وهو أن تنصيف الصداق بالطلاق قبل الدخول ثابت على موافقة القياس، لما عرفت أن الطلاق قبل الدخول فسخ للنكاح معنى من حيث إن جميع

المعقود عليه عاد إلى المرأة، كما خرج عن ملكها من غير سبب جديد، وهذا معنى الفسخ، وهو قطع للملك الثابت بالنكاح من حيث الحقيقة، فإن الطلاق موضوع للقطع، لا للفسخ، ولهذا صح بعد الدخول، وإن كان لايثبت معنى الفسخ بعد الدخول، فكان فسخًا معنى قطعًا حقيقة، فوفر الشرع على الشبهين حظهما بقدر الإمكان، فجعل للزوج النصف عملا بالمعنى، وبقى النصف للمرأة عملا بالحقيقة، وإذا كان كذلك، كان ثبوت حق الزوج فى النصف بالطلاق قبل الدخول على موافقة القياس، لو لا الزيادة، فلم يجز أن يبطل حقه بالزيادة المتصلة؛ لأن الزيادة المتصلة تبع للأصل، ولا يجوز إبطال الأصل بالتبع.

١٢٣٢٥- وأما الفسخ بعد التحالف ثابت على مخالفة القياس مراعاة لحق البائع لما ذكرنا أن القياس أن يقضى بالبيع بأقل الثمنين؛ لأنه متفق عليه، إلا أنا أثبتنا حق الفسخ نصّا بخلاف القياس مراعاة لحق البائع [حتى يعود إلى رأس ماله إذا لم يصل إليه ما ادعى من البدل، وإذا كان الفسخ له ثابتًا على مخالفة القياس مراعاة لحق البائع][1] لا يكون له حق الفسخ على وجه يكون فيه إبطال حق على المشترى، وفى الفسخ على العين إبطال حق على المشترى، وهو الزيادة المتصلة، فلهذا قلنا: بأنهما يتردان القيمة ههنا، إلا أن يرضى المشترى برد العين مع الزيادة.

هذا إذا كانت الزيادة متصلة، فأما إذا كانت منفصلة متولدة من عينها، كالولد، أو بدل العين كالأرش والعقر بعد القبض، فإنهما لا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، ويكون القول قول المشترى مع يمينه، رضى المشترى برد الزيادة أو لم يرضَ؛ لأن هذه الزوائد تمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ[2]، فكذا يمنع الفسخ بالتحالف، ومتى امتنع الفسخ على مذهبهما لايجب التحالف، كما بعد هلاك السلعة، وعند محمد رحمه الله تعالى امتناع الفسخ على العين بسائر أسباب الفسخ، لا يمنع الفسخ بالتحالف على القيمة، ألا ترى أنه بعد هلاك العين يتحالفان على مذهبه على القيمة، وإن كان الفسخ على العين متعذرًا، فكذا هذا.

١٢٣٢٦- وإن كانت الزيادة بدل منفعة، فإنما يتحالفان بالإجماع؛ لأن هذه الزيادة

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: "ظ" و"ف" و"م".

(٢) هكذا فى الأصل، والنسختين: "ظ" و"ف"، وكان فى النسخة "م": كسائر أسباب الفسخ.

لاتمنع فسخ البيع بسائر أسباب الفسخ[١]، فكذا بالتحالف، فإذا تحالفا، كان الكسب للمشترى عندهم جميعًا، كما لو حصل الفسخ بالرد بالعيب بعد القبض، أو بالإقالة بعد القبض، فإنه يبقى الكسب للمشترى عندهم جميعًا، وبعينه ورد النص، فكذلك هذا.

هذا إذا تغيرت من حيث الزيادة، أما إذا تغيرت من حيث النقصان، إن كان النقصان من حيث السعر، فإنه لا يمنع التحالف عندهم جميعًا، حصل قبل القبض أو بعده؛ لأن النقصان من حيث السعر لا يمنع فسخ العقد بسائر الأسباب، حصل قبل القبض أو بعده، فكذا لا يمنع الفسخ بالتحالف أيضًا.

فأما إذا كان النقصان من حيث العين، إن كان لفوات وصف، إن كان قبل القبض، فإنه لا يمنع التحالف عندهم جميعًا؛ لأن النقصان من حيث الصفة قبل القبض لا يمنع الفسخ بالعيب، وبخيار الرؤية، والشرط وإن كذبه[٢] البائع، فكذا لا يمنع الفسخ بالتحالف عندهم جميعًا؛ لأن النقصان من حيث الوصف بعد القبض لا يمنع الفسخ بالتحالف عندهم جميعًا، وإن حصل بعد القبض، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لا يتحالفان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه ناقصًا؛ لأن النقصان من حيث الوصف بعد القبض يمنع الفسخ بحكم العيب، وبخيار الشرط والرؤية، إلا برضا البائع بالإجماع، وإذا امتنع الفسخ امتنع التحالف عندهما، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يتحالفان؛ لأن امتناع الفسخ لفوات الصفة لا يكون أكثر حالا من امتناع الفسخ بسبب الهلاك، وذلك لا يمنع التحالف على مذهبه على القيمة، فكذا ههنا يتحالفان، ويترادان القيمة على مذهبه، إلا أن يرضى البائع أن يأخذ العين ناقصًا، كما فى الصداق، فأما إذا كان النقصان لفوات بعض المبيع، إن كان قبل القبض، فإنهما يتحالفان على القائم عندهم جميعًا، وإن كان بعد القبض، فالقول قول المشترى مع اليمين عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ القائم، ولا يأخذ معه شيئًا على رواية "الجامع الصغير"، وعلى رواية "الأصل": إلا أن يشاء البائع أن يأخذ القائم، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئًا، فحينئذٍ لا يحلف المشترى عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، هذا هو اختيار بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، واختار بعضهم إلا أن يشاء البعض أن يأخذ القائم، ولا يأخذ معه شيئًا من ثمن الميت على رواية "الأصل".

وعلى رواية "الجامع الصغير" ولا يأخذ منه، فحينئذٍ يتحالفان على قول أبى حنيفة

---

(١) هكذا فى الأصل، والنسختين: "ظ" و"ف"، وكان فى النسخة "م": كسائر أسباب الفسخ.

(٢) وفى النسختين: "ف" و"م": وإن كره بدلا من وإن كذبه.

رضى الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف: يتحالفان فى القائم، ويترادان القائم، والقول قول المشترى فى حصة الهالك من الثمن، وقال محمد رحمه الله تعالى: يتحالفان فيهما، ثم يترادان البيع فى الحى على العين، وفى الهالك على القيمة.

١٢٣٢٧- وصورتها: رجل اشترى عبدين صفقة واحدة، وقبضهما، ثم مات أحدهما، واختلفا فى الثمن، وقال المشترى: اشتريتهما بألف درهم، وقال البائع: اشتريتهما بألفى درهم، فهو على الاختلاف الذى ذكرنا.

يجب أن يعلم أولا حكم المسألة فيما إذا كان المشترى عبداً واحداً، وقبضه المشترى، ومات، واختلفا فى الثمن، وفى تلك المسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: لا يتحالفان، ويكون القول قول المشترى مع يمينه، وقال محمد: يتحالفان، ولقب المسألة أن هلاك السلعة هل يمنع التحالف، عندهما يمنع، خلافًا لمحمد رحمه الله تعالى، وحجة محمد قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبائعان تحالفا وترادّا» من غير فصل بينهما، إذا كانت السلعة قائمة أو كانت هالكة، ولأن كل واحد منهما مدعى، ومدعى عليه؛ لأن كل واحد منهما يدعى على صاحبه عقداً ينكره صاحبه، فيتحالفان، كما فى حال قيام السلعة، ولهما قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبائعان والسلعة قائمة تحالفًا وترادّا»[1]، شرط قيام السلعة لإيجاب التحالف، وقد ذكرنا أن إيجاب التحالف بعد القبض على مخالفة القياس بالنص، والنص شرط لذلك قيام السلعة، فما بعد هلاك السلعة يبقى على أصل القياس.

ولأن حكم التحالف الفسخ بعد صحة البيع، والهالك لا يقبل الفسخ بسائر أسباب الفسخ، فكذا بالتحالف، وهذا إذا هلكت السلعة بعد القبض، فأما إذا هلكت السلعة قبل القبض، فقد انفسخ العقد حين هلكت السلعة، فلا معنى لاختلافهما إذا لم يكن الثمن مقبوضًا.

١٢٣٢٨- وإذا عرفت حكم التحالف فى العبد الواحد، جئنا إلى العبدين، وفيه اختلاف على ما ذكرنا، فأبو حنيفة رضى الله تعالى عنه مر على أصله، فيقول[2]: التحالف بعد القبض عرف بخلاف القياس بالنص، والنص أوجب التحالف بشرط قيام السلعة من كل وجه؛ فإن النبى عليه الصلاة والسلام قال: «والسلعة قائمة»، ذكر السلعة مطلقًا، ومطلق

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) وفى النسخة "م": وقال.

الاسم ينصرف إلى الكامل [فكأنه قال : والسلعة كلها قائمة][1] فيما بعد هلاك بعض السلعة[2]، ويكون القول فيه قول المشترى مع يمينه؛ لأنه منكر زيادة الثمن.

وقول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : إلا أن يشاء البائع أن يأخذ القائم، ولايأخذ معه شيئًا على رواية "الجامع الصغير" ولا يأخذ من ثمن الميت شيئًا على رواية الأصل، تكلم المشايخ رحمهم الله تعالى فيه أن هذا الاستثناء ينصرف إلى ما ذا، وأن البائع بأى طريق يأخذ القائم؟

قال مشايخ بلخ : هذا الاستثناء ينصرف إلى يمين المشترى، والبائع يأخذ القائم بطريق الصلح عما ادعى قبل المشترى، وهذا لأن حق البائع قبل المشترى فى الثمن لافى العبد القائم بعينه، فإذا أخذ منه هذا العبد، ولم يأخذ من ثمن الميت شيئًا، أو لم يأخذ معه شيئًا أصلا، وكأنه صالحه من الثمن على العبد القائم، وصار تقدير ما لو قال فى الكتاب على قول هؤلاء : لا يتحالفان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، ويكون القول قول المشترى مع يمينه، إلا أن يأخذ البائع العبد القائم، ولايأخذ شيئًا آخر، فحينئذٍ لا يحلف المشترى، وهذا لأن المشترى إنما يلحف إذا أنكر شيئًا يدعيه البائع.

١٢٣٢٩- وإذا أخذ البائع العبد القائم صلحًا عن جميع ما ادعاه على المشترى، سقط دعوى البائع، فلا حاجة إلى تحليف المشترى.

وغيرهم من المشايخ قالوا : هذا الاستثناء منصرف إلى التحالف، والبائع ما أخذ القائم على جهة التحالف، ويصير تقدير ما قال فى الكتاب على قول هؤلاء : لا يتحالفان عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد القائم، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئًا، فيتحالفان حينئذٍ، وهكذا ذكر الكرخى فى كتابه.

واختلفوا فيما بينهم فى المعنى، بعضهم قالوا : إنما لا يجب التحالف عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، نظرا للبائع؛ لأنه خرج عن ملكه عبدان، والآن يعود إليه عبد واحد، والعرف جرى بين الناس أنهم يضمون الردىء إلى الجيد، لترويج الردىء بالجيد، وعسى كان الهالك هو الجيد، فلو قلنا : إنهما يتحالفان، تضرر به البائع، غير أنه إذا رضى أن يأخذ الحى، فقد رضى بلحوق الضرر بنفسه، فيترك، وذلك وهذا كرجل اشترى عبدًا، وقبضه، فاطلع

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٢) وفى النسخة "ظ": فما بعد هلاك بعض السلعة يبقى على أصل القياس، فلا يشرع التحالف بعد هلاك بعض السلعة.

على عيب كان عند البائع ، فقبل أن يرده حدث عنده عيب آخر ، فأراد أن يرده ، ليس له ذلك .

[فإن قال البائع : أنا أقبله ، له ذلك أنا كذا ههنا ، وبعضهم قالوا : شرط التحالف عند أبى حنيفة رحمه الله قيام جميع المعقود عليه][1] ، وما بقى العقد على الهلاك ، فيكون القائم بعض المعقود عليه ، فلا يجب التحالف لفوات شرطه ، وما لا يرضى البائع ، بأن لا يأخذ من ثمن الميت شيئًا ، لا يمكننا فسخ العقد فى الهالك ، فيكون القائم بعض المعقود عليه ، فلا يجب التحالف ، فأما إذا رضى أن يأخذ الحى ، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئًا ، أمكننا فسخ العقد فى الهالك حينئذٍ ، فيصير[2] العقد فى الهالك منفسخًا حكمًا قبل التحالف من حيث الاعتبار ؛ لأنه شرط صحته ، فيكون القائم حينئذٍ جميع المعقود عليه ، فيتحالفان ، ويجوز أن يعتبر العقد منفسخًا فى الهالك ، متى رضى البائع أن لا يأخذ من ثمن الميت شيئًا ، وإن كان الهالك مما لايقبل الفسخ ؛ لأنه ينفسخ حكمًا لإمكان التحالف فى القائم ، وقد يجوز أن يثبت الفسخ فى الهالك تبعًا لغيره ، وإن كان لا يثبت مقصودًا ، ثم شرط لصحة الفسخ فى الهالك رضى البائع ، بأن لا يأخذ من ثمن الميت شيئًا ، ولم يعتبر رضى المشترى ، وذلك لأنا لو أوجبنا التحالف من غير رضى البائع ، وفسخنا العقد فى الميت قبل التحالف من حيث الاعتبار ، بطل حق البائع فى الهالك أصلا من غير رضاه ؛ لأنه يسقط حقه فى ثمن الهالك من غير أن يعود إليه ما يصلح عوضًا عنه ، لإمكان التحالف فى القائم ، ومن حكم التحالف فسخ العقد على وجه لا يبطل حق كل واحد منهما بغير عوض ، فشرط رضى البائع أن يأخذ ثمن الهالك شيئًا ، حتى إذا اعتبر العقد منفسخًا فى الهالك ، يكون فوات حقه فى ثمن الهالك من غير عوض يحصل له برضاءه ، ولم يشترط رضى المشترى ، وإن كان متى تحالفا ينفسخ العقد فى القائم والهالك جميعًا بغير رضاه ؛ لأن حقه إنما يزول عنهما بعوض ، فإن الحى إن زال عنه سلم له ثمنه ، والميت كذلك ، والفسخ بالتحالف على هذا الوجه صحيح من غير رضى المشترى ، كما لو كانا قائمين ، فتحالفا ، وطلب البائع الفسخ ؛ فإنه يفسخ العقد فيهما ، وإن أبى المشترى ذلك ، فكذلك هذا .

وقال بعضهم : المانع من التحالف عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه هلاك أحد العبدين بعد القبض ؛ فإنه لو كان هلك أحدهما قبل القبض ، وقبض المشترى الآخر ، ثم اختلفا ، كانا يتحالفان ؛ لأن المانع من التحالف عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذا هلك أحدهما بعد القبض

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ : "ظ" و "ف" و "م" .

(٢) وفى "ف" : فيعتبر ، وفى "م" : فيتعين .

تعذر الفسخ فى الحى بالتحالف نظير الفسخ بخيار الرؤية، وبخيار الشرط، ولا يملك المشترى الفسخ فى القائم بعد هلاك أحد العبدين فى يده بخيار الشرط، وبخيار الرؤية، لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، فكذا بالتحالف، فأما متى كان أحدهما هالكًا فى يد البائع قبل القبض، أمكن المشترى رد ما قبض بخيار الرؤية وبخيار الشرط، فأمكنه بالتحالف.

١٢٣٣٠- وإذا ثبت هذا، فنقول: متى رضى البائع بأخذ الحى، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئًا، فقد جعل ما هلك فى يد المشترى كالهالك قبل القبض؛ لأن من حكم هلاك المبيع قبل القبض أن لا يكون على المشترى ثمنه، ويأخذ الحى لا غير، فصار الهالك فى يد المشترى بهذه الصفة كالهالك قبل القبض من حيث الحكم، ولو هلك أحدهما قبل القبض حقيقة يتحالفان فى الحى، فكذلك إذا جعل هالكًا قبل القبض حكمًا، لما رضى البائع أن يأخذ الحى، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئًا.

وأبو يوسف رحمه الله تعالى مرّ على أصله أيضًا، فإن من أصله أن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف، وقد هلك بعض المعقود عليه، وبقى البعض، فيمتنع التحالف فى الهالك، ويكون القول قول المشترى فى حصة الهالك، لا فى القائم، هذا كما قلنا فى الإجارة: إذا اختلفا فى مقدار الأجر[1] بعد استيفاء بعض المنفعة دون البعض، يتحالفان فيما لم يستوفِ من المنفعة، وفيما استوفى[2] وهلك، وجعل القول قول المستأجر مع يمينه، فكذلك هذا، وهذا لأن المقصود من التحالف الفسخ ليعود كل واحد منهما إلى رأس ماله، والفسخ إن تعذر فى الهالك، لم يتعذر فى القائم، ألا ترى أنه لو وجد بالقائم عيبًا، رده، ولو وجد بالهالك عيبًا، لا يرده، فكذلك هذا.

ثم ذكر فى الكتاب: أن على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى القول قول المشترى فى حصة الميت، ويتحالفان، ويترادان فى العبد القائم، ولم يذكر كيفية التحالف على مذهبه، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: يقسم الثمن أولا على قيمة العبدين، فيخص الحى ألف درهم على زعم البائع وعلى زعم المشترى خمسمائة، إذا كان قيمتهما سواء، فيحلف المشترى بالله، ما اشتريته بألف درهم، كما يدعيه البائع، فإن نكل، ثبت ما ادعاه البائع، وإن حلف، لم يثبت ما ادعاه، ثم يحلف البائع بالله، ما بعته بخمسمائة، كما يدعيه المشترى، فيتحالفان فى القائم على حصته، ولا يتحالفان فى جملة الثمن، فإذا تحالفا، فسخ القاضى

---

(١) وفى النسخة "م": فى مقدار الأجر، وقد وجد بعض استيفاء. . . إلخ

(٢) وفى "ظ": وفى ما إذا استوفى وهلك.

العقد على الحى، إن طلبا، أو طلب أحدهما ذلك، ورد المشترى الحى على البائع، وسقط عن المشترى حصته، ثم يحلف المشترى على حصة الهالك بالله، ما اشتريته بألف درهم، فإن نكل، لزمه ما ادعاه البائع من حصة الهالك، وذلك ألف درهم، وإن حلف لزمه ما أقر به، وذلك خمسمائة درهم.

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: لا، بل يتحالفان من جملة الثمن، فيحلف البائع بالله، ما بعتهما بألف درهم، كما يدعيه المشترى، ويحلف المشترى بالله، ما اشتريتهما بألف درهم، كما يدعيه البائع، قالوا: وهكذا ذكر فى "الجامع الكبير"، وهذا لأن المقصود من التحالف النكول، وإنما يحصل هذا المقصود، إذا حنث الحالف فى يمينه، ومتى حلف كل واحد منهما فى حق الحى على حصته لاغير، لا يحنث واحد منهما؛ لأن المشترى يحلف بالله، ما اشتريته بألف، فيحلف ولا يحنث فى يمينه وإن اشتراهما بألفين؛ لأنه لم يشتر الحى على الانفراد بألف وإنما اشترى عبدين بألف، وكذلك البائع إذا حلف بالله، ما بعت الحى بخمسمائة، يحلف، ولا يحنث فى يمينه، وإن كان باعهما بألف، كما يدعيه المشترى؛ لأنه لم يبع الحى على الانفراد بخمسمائة، إنما باع العبدين بألف درهم، يبقى هذا القدر أن التحالف [فى الميت غير مشروع، والجواب أن التحالف][1] عنده فى الميت غير مشروع لأجل الفسخ؛ لأن الفسخ فى الهالك مقصود متعذر، والمتحالف فى الهالك ههنا عند أبى يوسف رحمه الله تعالى ما كان ليفسخ فيه، وإنما كان لإمكان التحالف فى القائم.

١٢٣٣١- وإذا تحالفا فى جملة الثمن، يترادان العقد فى القائم على العين[2]، وفى الميت لايفسخ العقد، ويكون القول قول المشترى فى مقدار ثمنه، ويجب أن يكون كيفية التحالف على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه على هذا الوجه متى رضى البائع أن يأخذ القائم، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئًا، فعند بعض المشايخ: يتحالفان فى حصة الحى من الوجه الذى ذكرنا، وعند بعضهم يتحالفان فى جملة الثمن، ثم إذا تحالفا يفسخ العقد فى الحى، فيرد الحى على البائع، ولا يأخذ البائع من ثمن الميت شيئًا.

هذا إذا تصادقا أن قيمتهما يوم العقد ويوم القبض على السواء، أما إذا اختلفا فى قيمتهما يوم العقد، ففى حق الحى ينظر إلى قيمته للحال، ويجعل الحال حكمًا، ويكون القول قول من يوافق قيمته للحال، وأما فى الهالك إذا اختلفا فى قيمته، فقال المشترى: كانت قيمته

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: "ظ" و"ف" و"م".

(٢) وفى النسختين: "ف" و"م": على ألفين.

يوم القبض خمسمائة، وقيمة القائم ألف درهم، وقال البائع على عكس ذلك، لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة في شيء من الكتب نصًا.

وروى أصحاب "الأمالي": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن القول قول البائع، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في بيوع "الأصل" في مسألة يأتي ذكرها بعد هذا، إن شاء الله تعالى، وهذا لأن المشترى لزمه ضمان الثمن كله بالقبض، فهو بما يدعي يريد براءة نفسه عن بعض الثمن، فلا يصدق إلا ببينة، ومحمد رحمه الله تعالى مرّ على أصله أيضًا؛ فإن هلاك جميع السلعة عنده لا يمنع التحالف، فهلاك البعض أولى، فيتحالفان، ويرد القائم، ويفسخ العقد في الهالك على قيمته.

وكيفية التحالف على قول محمد رحمه الله تعالى ظاهر، يحلف المشترى أولا: بالله ما اشتريتهما بألفين، كما يدعيه البائع، فإن نكل، لزمه ألفان، وإن حلف، يحلف البائع: بالله ما بعتهما بألف، كما يدعيه المشترى، فإن نكل، ثبت ما ادعاه المشترى، وإن حلف البائع أيضًا، لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما من الثمنين، فإن اتفقا على شيء فبها، وإن لم يتفقا، وطلب أحدهما أوكلاهما الفسخ، فسخ القاضي العقد بينهما، ويأمر المشترى برد القائم، وقيمة الهالك، وإن اختلفا في قيمة الهالك، فالقول قول المشترى مع يمينه لإنكاره الزيادة.

١٢٣٣٢- وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في إقرار "الأصل" في باب الإقرار بالبيع إذا خرج بعض المبيع عن ملك المشترى، بأن باع مثلا نصف العبد، أو ما أشبهه، ثم اختلفا في الثمن، فإنهما لا يتحالفان، لافيما باع، ولا فيما بقي على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى تعالى عنه، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: القول قول المشترى مع يمينه، ولا يتحالفان إلا أن يرضى البائع أن يأخذ ما بقي منه، فإذا رضي بذلك حينئذٍ، يتحالفان على ما بقي منه في ملك المشترى، وبيع المشترى بحصته ما يخرج عن ملكه على قول [أبي يوسف][(١)].

وقال محمد رحمه الله تعالى: يتحالفان على قيمة العبدين إلا أن يشاء البائع أن يأخذ ما بقي من العبد وقيمة ما استهلكه المشترى منه، فحينئذٍ يتحالفان في القائم على العين وفيما باع على القيمة، وكلهم فرقوا بين مسألة كتاب الإقرار وبين مسألة كتاب البيوع، فإن في مسألة البيوع: أبى أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه التحالف إلا بشرط أن يأخذ البائع الحي، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئًا، وفي مسألة كتاب الإقرار: أبى التحالف مطلقًا غير معلق بشرط؛ فإنه لم

(١) هكذا في النسخة "م"، وكان في الأصل والنسختين: "ظ" و"ف": على قول المشترى.

يقل: لا يتحالفان إلا أن يرضى البائع أن لا يأخذ من ثمن ما خرج عن ملكه شيئًا، وفى المسألتين جميعًا اختلفا فى الثمن بعد ما خرج بعض المعقود عليه.

وأبو يوسف رحمه الله تعالى فى مسألة البيوع قال: يتحالفان فى القائم، رضى البائع أو كره، فى مسألة الإقرار قال: لا يتحالفان فيما بقى إلا أن يشاء البائع أن يأخذ النصف الباقى، ومحمد رحمه الله تعالى فى مسألة البيوع قال: يتحالفان على القائم على العين وعلى الهالك على القيمة، رضى البائع أو كره، وههنا شرط لإيجاب التحالف فى النصف الباقى، رضى البائع بأخذ النصف الباقى، والفرق مكتوب فى المستزاد.

١٢٣٣٣- وفى "المنتقى": إذا اشترى جراب هروى، واستهلك منه ثوبًا، أو هلك، ثم اختلفا فى الثمن، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه: ليس للبائع أن يأخذه ناقصًا، ولكن يأخذ الثمن الذى أقر به المشترى، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى فى المستهلك: القول قول المشترى بالحصة، وفى البقية يرده، إلا أن يرضى المشترى أن يأخذها بما ادعاه البائع، وعلى كل واحد منهما اليمين على دعوى صاحبه.

قال الحاكم أبو الفضل: فرق أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه بين ملاك الثوب من الجراب من غير فعل أحد، وبين موت أحد العبدين، فقال: هو فى موت أحد العبدين للبائع أن يأخذ الحى، ولا يأخذ معه شيئًا، وقال ههنا: ليس للبائع أن يأخذه ناقصًا، قال: وكذلك الثياب كلها، والبقر، والغنم، والرقيق، والدواب، والكيل، والوزن، قال ثمه أيضًا، واختلف قول أبى يوسف رحمه الله تعالى فيما إذا اختلفا فى قيمة الثوب الهالك، فقال فى موضع: القول فيها قول البائع، وكذلك فى موت أحد العبدين القول قول البائع فى الهالك.

١٢٣٣٤- وفى "الأصل": إذا اشترى عبدين، وقبض أحدهما، ومات فى يده، ومات الآخر فى يد البائع، ثم اختلفا فى ذلك، فقال المشترى للبائع: قبضت عبدًا يساوى ألف درهم، ومات عندك عبد يساوى ألفى درهم، وقال البائع: لا، بل قبضت عبدًا يساوى ألفى درهم، والذى مات عندى يساوى خمسمائة، ذكر: أن القول قول المشترى مع يمينه، وإنما وضع المسألة فيما إذا مات العبدان جميعًا: المقبوض وغير المقبوض، وذلك لأن أحدهما متى كان قائمًا، لا يلتفت إلى اختلافهما فى مقدار قيمة ما هلك عند البائع؛ لأنهما[1] تصادقا على أن قيمة أحدهما أكثر، وقيمة الآخر أقل، فمتى كان أحدهما حيًا، وقوم، وظهر قيمته،

---

(١) هكذا النسخ: "ظ" و "ف" و "م"، وكان فى الأصل: على أنهما بدلا من لأنهما.

يظهر[١] قيمة الميت أنه كان أقل أو أكثر، فلا يلتفت إلى اختلافهما حينئذٍ، فوضع المسألة فيما إذا ماتا جميعًا، حتى لا يعرف قيمة واحد منهما من حيث العيان والمشاهدة.

ثم إنما جعل القول قول المشترى؛ لأن حاصل اختلافهما فى مقدار ما ورد عليه القبض من المشترى، أو فى مقدار ما تأكد على المشترى من الثمن؛ لأن البائع بما يدعى يقول: قبضت أيها المشترى، أربعة أخماس المبيع، وتأكد عليه أربعة أخماس الثمن، والمشترى يقول: لا، بل قبضت ثلث المبيع، وتأكد على ثلث الثمن، وأربعة أخماس خمسه أكثر من ثلثه، فالبائع يدعى زيادة فيما قبضه المشترى، ويدعى زيادة تأكد فى الثمن، والمشترى ينكر تلك الزيادة.

ولو أنكر القبض أصلا و رأسًا، وقال: ما قبضت شيئًا منك، كان القول قوله، فكذا إذا أقر بقبض البعض، وأنكر قبض البعض، وكذا لو أنكر تأكد الثمن [أصلا، كان القول قوله، فكذا إذا أنكر تأكد البعض، وأقر بالبعض، ولا يتحالفان، وإن اختلفا فى صفة الثمن][٢]، وهو التأكد، والثمن دين، وذلك لأن الاختلاف فى صفة الدين إنما يوجب التحالف إذا تصور صيرورة الدين شيئين إذا عين الدين على الوصفين الذين اختلفا فيه، كما إذا اختلفا فى الجودة والرداءة، إذا عين ألف جيد وألف ردىء، كانا غيرين، وإذا كانا غيرين، كان الاختلاف فى صفة الثمن اختلافًا فى أصل الثمن، وصفة التأكد ليست بصفة ليختلف الدين باعتباره متى عين؛ لأنه ليس بوصف قائم فى الدراهم حتى يختلف الدين بسببه، وكانا بمنزلة اختلافهما فى صفة العين، وذلك لا يوجب التحالف ما لم تختلف العين بسبب اختلاف الصفة، فكذلك هذا.

ولو كان المشترى قبض العبدين، ثم مات أحدهما، وجاء المشترى بالآخر، يرده بعيب، فاختلفا فى قيمة الميت، فقال البائع: كان قيمته ألفًا، وقال المشترى: كان قيمته خمسمائة، كان القول قول البائع مع يمينه، فرق بين هذه وبين المسألة الأولى، وهو ما إذا لم يقبض أحد العبدين، حتى هلك غير المقبوض فى يد البائع، وهلك الذى قبضه المشترى، ثم اختلفا فى قيمة غير المقبوض، ذكر: أن القول قول المشترى مع يمينه، وإنما كان كذلك؛ لأن المنكر فى المسألة الأولى هو المشترى، والمدعى هو البائع، اعتبرنا حال المعقود عليه، أو حال الثمن؛ لأن البائع يدعى على المشترى قبض زيادة من المعقود عليه، وهو ينكر، ويدعى على المشترى تأكد زيادة فى الثمن، وهو ينكر، فأى الأمرين ما اعتبرنا، كان البائع مدّعيًا من كل وجه، والمشترى

(١) هكذا فى جميع النسخ التى عندنا إلا النسخة "م": وظهر قيمة الميت أنه كان أقل إلخ.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: "ف" و "ظ" و "م".

منكرًا من كل وجه، فجعلنا القول قول المشترى.

وأما فى المسألة الثانية، فالمشترى يدعى من كل وجه، والبائع منكر من كل وجه، اعتبرنا حال المعقود عليه، أم حال الثمن؛ لأنه يدعى على البائع رد زيادة من المعقود عليه، والبائع ينكر، ويدعى سقوط زيادة من الثمن، والبائع ينكر؛ لأن جميع الثمن تأكد على المشترى بقبضهما، وسقط بعضه بالرد بالعيب، فأى الأمرين اعتبرنا، كان المشترى مدّعيًا من كل وجه، والبائع منكرًا، فجعلنا القول قول البائع مع يمينه فى قيمة الميت، ولا يتحالفان.

وإن كان الاختلاف فى قيمة الميت اختلافًا فى مقدار ثمن الحى، وذلك لأنهما لم يختلفا فى أصل الثمن، وإنما اختلفا فى كيفية انقسام الثمن، البائع يدعى الانقسام مثلا نصفان، والمشترى يدعى أثلاثًا، وقد ذكرنا: أن التحالف حال اختلافهما فى مقدار الثمن بعد القبض ثابت نصًّا، بخلاف القياس، فلا يقاس عليه الاختلاف فى الانقسام، والنص الوارد بإيجاب التحالف إذا اختلفا فى مقدار الثمن لا يكون واردًا دلالة، إذا اختلفا فى الانقسام؛ لأن الاختلاف فى الانقسام دون الاختلاف فى أصل الثمن، فإذا جعلنا القول قول البائع مع يمينه فى قيمة الميت، إذا حلف البائع، فإنه يقوم الحى قيمة عدل، غير معيب، فإن كان قيمة الحى غير معيب ألف درهم، وقيمة الميت ألفًا، كما يقول البائع، ظهر أن الثمن انقسم نصفان، فيرد الحى بنصف الثمن، ويبقى عليه النصف، وإنما اعتبرنا قيمة الحى غير معيب، وذلك لأن الثمن إنما ينقسم على المستحق بالعقد، والمستحق بالعقد للمشترى عبد سليم عن العيب، حتى لو وجد به عيب، كان له الرد بالعيب، وإذا كان المستحق للمشترى بالبيع عبد سليم، وجب قسمة الثمن عليها باعتبار السلامة.

وإذا اختلفا فى الثمن، وقد خرجت السلعة عن ملك المشترى، لا يتحالفان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، والقول قول المشترى مع يمينه، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يتحالفان، ويترادان القيمة، كما فى فصل الهلاك، فإن عادت السلعة إلى ملك المشترى، ثم اختلفا فى الثمن، فإن عادت بسبب هو فسخ من كل وجه، نحو الرد بخيار الرؤية، أو خيار الشرط، أو العيب قبل القبض، وبعده بقضاء، تحالفا، وإن عادت بسبب جديد من كل وجه، نحو الإرث، أو الصدقة، أو الشراء، لا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وكذلك إذا عادت بسبب جديد فى حق الثالث، وبالفسخ فى حق المتعاقدين، كالرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء، والإقالة، لا يتحالفان عندهما.

١٢٣٣٥ - قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": رجل اشترى من آخر غلامًا

وجارية بمائة دينار، وقيمة الغلام ألفًا درهم، وقيمة الجارية ألف درهم، وقبضهما، ولم ينقد الثمن، حتى اختلفا، فقال المشترى: اشتريتهما صفقة واحدة بمائة دينار، فالعبد بثلثى المائة الدينار، والجارية بثلثها، وقال البائع: بعتكهما بمائة دينار على أن كل واحد منهما بخمسين دينارًا، فالقاضى لا يلتفت إلى هذا الاختلاف؛ لأنه لا فائدة فى هذا الاختلاف فى الحال، فإن طعن المشترى بعيب فى العبد، وأقام بينة على أن العيب كان عند البائع حتى ثبت له حق الرد، فكذلك الاختلاف، إلا أن يقبل، فيعتبر، ويرد المشترى العبد بالعيب، ويأخذ من البائع خمسين دينارًا فى الحال؛ لأن البائع أقر له بهذا القدر، وكان ينبغى أن يرد العبد بثلثى المائة؛ لأن القول قول المشترى: إنه اشتراها صفقة واحدة؛ لأن البائع يدعى زيادة شرطه، وتسميته فى هذه الصفقة، والمشترى ينكر ذلك، فيكون القول قول المشترى.

والجواب إنما لم يجعل قول المشترى فى الحال؛ لأن الاختلاف فى ثمن المردود، وهو العبد اختلاف فى ثمن القائم، وهى الجارية، والاختلاف متى وقع فى ثمن القائم، يوجب التحالف، إلا أنا لو جعلنا القول قول المشترى فى الحال، وأخذ بمقابلة العبد ثلثى المائة، فإذا جعلناهما على الجارية، فعلى تقدير أن يحلف البائع [وينكل][1] المشترى يثبت كون ثمن العبد خمسين دينارًا، ويجب على المشترى رد الزيادة على الخمسين على البائع، فلاحتمال وجوب رد الزيادة على الخمسين على تقدير يكون المشترى، قلنا: إنه يأخذ فى الحال قدر ما اتفقا عليه بمقابلة العبد، وذلك خمسون دينارًا، حتى لا يلزمنا نقض قضاء القاضى فى الزيادة على الخمسين؛ لأن صيانة قضاء القاضى عن النواقض واجبة ما أمكن.

ثم إذا حلفناهما على الجارية فإن حلفا ترادا، ويرجع المشترى على البائع، وإن نكل المشترى، يثبت كون ثمن العبد خمسين دينارًا، فبعد ذلك ينظر إن كان المشترى حين رد العبد أخذ من البائع خمسين دينارًا، لا سبيل له على البائع، ولا للبائع عليه، وإن كان أخذ زيادة على الخمسين، رد الزيادة على البائع، وإن حلف المشترى، ونكل البائع، ثبت أن ثمن العبد ثلثا المائة، فيرجع المشترى على البائع إلى تمام ثلثى المائة.

ثم إن محمدًا رحمه الله تعالى أوجب التحالف فى الجارية من غير ذكر خلاف، وإنه مشكل على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأن العقد ههنا انعقد على الجارية وعلى العبد، وقد زال العبد عن ملك المشترى، ومن مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن العقد إذا انعقد على شيئين، وزال أحدهما عن ملك المشترى بالبيع، أو الهلاك، واختلفا فى مقدار

---

(١) هكذا فى النسخة "م"، وكان فى الأصل والنسختين: "ظ" و "ف": وهلك بدلا من وينكل.

الثمن، لا يتحالفان فى الباقى.

والجواب عن هذا أن يقال: خروج بعض البيع عن ملك المشترى إنما يمنع التحالف فى الباقى عنده إذا كان الخروج لا إلى ملك البائع؛ لأن الفسخ بالتحالف مانع تمام الصفقة كالفسخ بخيار الرؤية [من حيث إن هذا الفسخ ثبت لجهالة مقدار الثمن، كالفسخ بخيار الرؤية ثبت][1] لجهالة أوصاف المبيع، وكان فى فسخ العقد فى أحدهما بالتحالف تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، وإنه لا يجوز، وهذا المعنى لا ينافى مسألتنا؛ لأنهما عادا جميعًا إلى ملك البائع.

قال فى "الكتاب": ألا ترى أن على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه لو هلك أحد العبدين فى يد البائع قبل القبض، ثم اختلفا فى مقدار الثمن، يتحالفان فى الباقى؛ لأن الأول هلك على ملك البائع، فلو رد الآخر عليه بسبب الفسخ بالتحالف، لا يؤدى إلى تفريق الصفقة، فههنا كذلك.

١٢٣٣٦- ولو ماتت الجارية فى يد المشترى قبل أن يتحالفا، يحلف المشترى على ما ادعى البائع من ثمن الجارية، فقد جعل القول قول المشترى، ولم يوجب التحالف، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى؛ لأن عندهما هلاك السلعة يمنع التحالف، فأما عند محمد رحمه الله تعالى فالتحالف يجرى عند هلاكهما، فعند هلاك أحدهما أولى.

ثم إذا حلف المشترى عندهما، إن حلف، ثبت أن ثمنها ثلث المائة، وثمن العبد ثلثا المائة، ولو نكل المشترى عن الثمن، ثبت أن ثمن الجارية خمسون دينارًا، وثمن العبد كذلك، وقد سلمت الجارية للمشترى، فلزمه ثمنها، ويرد العبد على البائع بحصته من الثمن، وذلك خمسون دينارًا، وعند محمد رحمه الله تعالى يتحالفان فى الكل، فإن نكل المشترى، رجع بخمسين دينارًا، وإن نكل البائع، رجع المشترى بثلثى المائة، وإن حلفا، فسخ القاضى العقد بينهما فى الجارية [على القيمة، فيرد المشترى قيمة الجارية، ويرجع على البائع بجميع المائة؛ لأن العقد انفسخ فى كله فى الجارية][2] بالتحالف، وفى العبد بالرد، وكذلك لو لم يجد بالعبد عيبًا، لكن استحق العبد، كان الجواب فى استحقاق العبد ما هو الجواب فى الرد بالعيب.

١٢٣٣٧- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع" أيضًا: رجل اشترى عبدين، أحدهما بألف حالة، والآخر بألف إلى سنة فى صفقة، أو صفقتين، فوجد بأحدهما عيبًا،

---

(١) هكذا فى النسخة "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: "ظ" و"ف" و"م".

فرده، ثم اختلفا، فقال البائع : رددت على الذى كان ثمنه مؤجلا، وبقى عندك الذى كان ثمنه حالا، فعليك أداء ثمنه، وقال المشترى : رددت عليك الذى كان ثمنه حالا، فالقول قول البائع، سواء كان الباقى قائمًا فى يد المشترى، أو مستهلكًا؛ لأن الأجل يستفاد من جهة البائع، وما يستفاد من جهة إنسان، كان القول قوله فى بيانه، ولأن اختلافهما فى المردود غير معتبر فى ثمن المردود؛ لأن ثمن المردود سقط بالرد، أى شىء كان، وإنما اعتبر فى ثمن ما بقى فى يد المشترى، يدعى أنه اشتراه بألف مؤجلا، والبائع يدعى أنه اشتراه بألف حالة، والأصل أن المتبائعين متى اختلفا فى الأجل وفى الثمن وحلوله، كان القول قول من يدعى الحلول؛ لأن من يدعى الحلول يتمسك بالأصل؛ لأن الحلول فى الدين أصل؛ لأنه ثبت من غير شرط، والأجل عارض، والقول قول من يدعى الأصل، ولايتحالفان؛ لأن الاختلاف وقع فيما ليس من نفس العقد، وهو الأجل، وجريان التحالف عرف بالنص فيما إذا كان الاختلاف واقعًا فى نفس العقد، ولم يوجد.

وكذلك لو كان أحدهما حبشيّا، والآخر هنديًا، وقد اشترى الحبشى بألف درهم مؤجلة، واشترى الهندى بألف درهم حالة، ثم رد أحدهما، ثم ماتا جميعًا، وقد اختلفا على ما قلنا فى المسألة الأولى، كان القول قول البائع؛ لما مرّ.

وشرط هذه المسألة موت العبدين، ولم يشترط فى المسألة الأولى؛ لأن فى هذه المسألة لو كان أحدهما حيًا، أمكن القاضى معرفة صدق أحدهما، وكذب الآخر، بأن ينظر فى لون الباقى، فيعرف أنه حبشى أو هندى، وإذا عرف الباقى يعرف الآخر ضرورة، وهذا المعنى لا يتأتى فى المسألة الأولى، فلهذا لم يشترط موتهما فى المسألة الأولى.

ولو كان الثمنان مختلفين، بأن كان ثمن أحدهما بعينه ألف درهم، وثمن الآخر بعينه مائة دينار، فرد أحدهما بالعيب، ثم اختلفا، فقال المشترى : رددت عليك الذى ثمنه مائة دينار، وقال البائع : لا، بل رددت على الذى ثمنه ألف درهم، فإن هلكا، أو هلك غير المردود، وقبض البائع الثمنين جميعًا، فالقول قول المشترى مع يمينه.

١٢٣٣٨- وإن ادعى المشترى على البائع استرداد الدينار لما كان الثمن مقبوضًا، والبائع ينكر، مع هذا، جعل القول قول المشترى؛ لأن ثمن المردود، أى شىء كان، قد سقط بالرد. بقى الاختلاف بينهما فى جنس ثمن غير المردود، وهو هالك فى يد المشترى، والاختلاف متى وقع فى جنس الثمن، والسلعة هالكة فى يد المشترى، لا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، ولكن يكون القول قول المشترى مع يمينه، ولم يذكر قول محمد رحمه الله

تعالى هنا، حتى طعن بعض مشايخنا أن الاختلاف فى المسألة المعروفة فيما إذا اختلف المتبائعان فى قدر الثمن دون ما إذا اختلفا فى جنس الثمن، والصحيح أن الكل على الخلاف.

ولو كان العبدان قائمين بأعيانهما، تحالفا وترادا بالإجماع، واسترد[1] المشترى الثمنين من البائع جميعًا؛ لأن العقد قد انفسخ فى أحدهما بسبب الرد بالعيب، وفى الآخر بسبب التحالف، ولو كان اشتراهما جميعًا بمائةدينار صفقة واحدة، فمات أحدهما عند المشترى ورد الباقى بالعيب، واختلفا فى قيمة الهالك، فقال البائع: كانت ألفى درهم، وقيمة المردود ألف درهم، وقال المشترى: لا، بل كانت قيمة الهالك خمسمائة، وقيمة المردود ألف درهم، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن البائع استحق جميع الثمن بالبيع، وتم ذلك الاستحقاق بتسليم العبدين إلى المشترى، وبعد ذلك يتنازعان فيما بطل استحقاقه برد المعيب، فالمشترى يدعى زيادة فيه، والبائع ينكر، فيكون القول قول البائع، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة البائع أيضًا؛ لأنها تثبت زيادة فى قيمة ما هلك فى يد المشترى.

فإن قيل: بينة المشترى تثبت الزيادة أيضًا فى ثمن المردود بالعيب، فوقع التعارض؟

قلنا: المنازعة بينهما إنما وقعت بسبب البيع، فإنما يعتبر اختلافهما فى قيمة ما بقى فيه العقد، والذى بقى فيه العقد غير المردود، فيعتبر[2] اختلافهما فى قيمة غير المردود، وبينة البائع تثبت [زيادة فى ذلك، ولأن بينة البائع تثبت][3] الزيادة فيما بقى فيه العقد، وتثبت الزيادة فيما بقى مستحقًا له من الثمن، فكانت أولى بالقبول.

ولو قال البائع: كان ثمنهما واحدًا، وكان ألفى درهم، وقال المشترى: كان ثمن الهالك خمسمائة، وثمن المردود ألف وخمسمائة، فالقول قول المشترى مع يمينه؛ لأنه لا منازعة بينهما فى ثمن المردود بالعيب؛ لأن ذلك قد سقط بالرد، وإنما المنازعة فى ثمن الهالك فى يد المشترى، والمنازعة فيه إنما وقع من وجهين: أحدهما: فى كون ثمنه مسمى، والآخر فى مقدار ثمنه، والاختلاف متى وقع فى مقدار الثمن بعد هلاك السلعة، لا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، ويكون القول قول المشترى مع يمينه، وعند محمد رحمه الله تعالى: يتحالفان، بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك تصادقا أن ثمن الهالك لم يكن مسمى

(١) وفى النسختين: "ف" و"م": واسترداد المشترى.

(٢) وفى النسخة "م": فبقيت بدلا من فيعتبر.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: "ف" و"م" و"ظ".

على حدة، وكان الاختلاف فى قيمة الهالك، والاختلاف فى مقدار القيمة لايوجب التحالف بالاتفاق، ويكون القول قول من ينكر الزيادة فى السقوط، وهو البائع.

وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد: رجل اشترى من رجل جارية بمحضر من الحاكم بثمن من الورق، ثم مات، ونسى الحاكم كم كان الثمن، فخاصم البائع الورثة إلى الحاكم، وأنكروا ذلك، وأراد البائع أخذ الجارية، قال محمد رحمه الله تعالى: القاضى يقول للبائع: كم كان الثمن؟ فإذا ادعى شيئًا، سأل عنه الورثة إن كانوا كبارًا، فإن كذبوه فى ذلك، حلفهم على دعواه بالله، ما تعلمون أن أباكم اشترى الجارية بذلك، ويقول للورثة: ادعوا أنتم الثمن، فإذا ادعوا شيئًا، حلف القاضى البائع البتة، فإن حلف ردوا البيع، وإن كانت الورثة صغارًا، نظر القاضى لهم، فإن ادعى البائع ثمنًا، ورأى القاضى أخذ الجارية بذلك الثمن خيرًا لهم، أخذ الجارية بذلك الثمن، وأعطاه الثمن من جميع المال، وإن لم يرَ ذلك خيرًا لهم استحلف البائع ما كان الثمن أقل من هذا على مقدار الجارية، فذلك المقدار خير لهم، فإن حلف، رد الجارية عليه، وإن كان فيهم كبير، وأقر بما قال البائع، وأبى أن يحلف على علمه، لزمه فى حصة زيادة الثمن فيما بين ما ادعى البائع إلى ما كان خيرًا للصغير، وإن كان فيهم كبار غيب، انتظرت بهم اليمين، أو كتب إلى القاضى الذين هم بحضرته: يستحلفهم على دعواه، إن طلب ذلك البائع، وكذلك إذا لم يكن البيع بحضرة القاضى، وادعى الفريقان البيع، واختلفا فى الثمن.

١٢٣٣٩- وإن ادعى الورثة، وأقاموا البينة على البائع بالبيع بلا تسمية الثمن، فإن شهادتهم باطلة، ويستحلف البائع، ويرد عليه الجارية، وإن كان البائع هو المدعى، والورثة يجحدون الشراء، استحلفوا على علمهم، فإن حلفوا، بطل البيع، وردت الجارية على البائع.

١٢٣٤٠- رجل فى يديه عبد ادعى رجل عليه أنه باع هذا العبد من الذى فى يديه، ومن رجل آخر بعينه بمائة دينار، وأقام الذى فى يديه العبد بينة أنه اشترى العبد كله منه بألف درهم، فالعبد للذى فى يديه بخمسمائة درهم وخمسين دينارًا، إذا أقام البائع بينة على إقرار المشترى أنه اشترى العبد منه بألفين، وأقام المشترى بينة على إقرار البائع أنه باعه بألف [أخذ المشترى بألفين، وإن أقام المشترى بينة على إقرار البائع أنه باعه بألف][1] درهم، وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين، فليس على هذا المشترى الألف، وهذه براءة من الألف الآخر.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: "ظ" و"ف".

هشام عن محمد رحمه الله تعالى : إذا أقر المشترى بثمن يسير ، والسلعة مستهلكة ، وهى ثمن دراهم كثيرة ، فإن أبا يوسف رحمه الله تعالى كان يقول : القول قول المشترى ، ثم بحثنا عليه ، فرجع ، وقال : إذا كان من ذلك شيئًا يتغابن الناس فى مثله ، قبلت قوله ، قال محمد رحمه الله تعالى : وأما أنا ، فأرى أن ألزمه قيمة ذلك .

وفى "نوادر ابن سماعة[١]" : عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى عين هذه الصورة : أنه إذا أقر المشترى بما لا يتغابن الناس فى مثله ، لا أقبل ذلك منه ، وأقضى عليه بقيمة المبيع ، قال : فإن كتب : إنما أردت أن أقضى عليه بالقيمة ، رجع ، وأقر بشىء يتغابن الناس فيه قبل ذلك منه ، وإن كتب : قد قضيت عليه بالقيمة ، لم أقبل رجوعه بعد القضاء .

قال هشام : سألت محمداً رحمه الله تعالى عن رجل اشترى من رجل ثوبًا ، فقال المشترى : اشتريته بعشرين ، وقال البائع : بعته بثلاثين ، فتجاذبا الثوب وهو فى أيديهما ، فتمزق ، وانقطع ، وصار بعضه فى يد البائع ، وبعضه فى يد المشترى ، ولم يكن المشترى نقد الثمن ، قال : يتحالفان ، فإذا حلفا ، فالبائع بالخيار ، إن شاء ، سلم الثوب للمشترى بالعشرين ، ويحط عن الثمن[٢] نصف ما نقص الثوب من العشرين ؛ لأن كل واحد منهما قد جذب ، فصار جانيًا .

قلت : لو كان أمسكه أحدهما ، ولم يجذبه ، وجذب الآخر أكان الضمان كله على الجاذب؟ قال : نعم ، قال : وهذا الجواب على قياس قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ، وهو الجواب على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى .

١٢٣٤١- ولو اشترى ثوبين ، وقبضهما ، واستهلك أحدهما ، والآخر قائم فى يده ، فقال البائع : بعتك الثوبين بثلاثين درهمًا ، وقال المشترى : بعشرين درهمًا ، قال محمد : قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ، فإن حلفا ، فالبائع بالخيار ، إن شاء ، أمضى البيع ، وأخذ العشرين ، وإن شاء ، أخذ الثوب القائم ، ولا شىء له من ثمن الثوب المستهلك .

سأل هشام عن محمد رحمه الله تعالى على قياس قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فيمن اشترى ثوبًا ، وشقه نصفين ، وصبغ نصفه ، والنصف الآخر فى يديه أبيض ، ثم اختلفا فى الثمن ، قال : إن شاء البائع ، أخذ هذا النصف الأبيض ، ولا شىء له غيره ، ولا سبيل له

---

(١) وفى النسختين : "ظ" و "ف" : وروى ابن سماعة بدلا من وفى "نوادر ابن سماعة .

(٢) هكذا فى الأصل : وكان فى النسختين : "ف" و "م" و "ظ" : عن المشترى مكان عن الثمن .

على المصبوغ، وإن شاء، ترك، وأخذ ما أقر به المشترى من الثمن.

قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": إذا اشترى الرجل من آخر جارية، وقبضها، وماتت فى يده، واختلفا فى ثمنها، فقال المشترى: اشتريتها منك بألف درهم بهذا الوصف، وقال البائع: بعتكها بألفى درهم، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى يقيم الجارية على ألف درهم، وعلى قيمة الوصف، فإن كان قيمة الوصف خمسمائة درهم، كان القول قول المشترى فى ثلثى الجارية بألف درهم، ولا يتحالفان، وفى ثلث الجارية، وهى حصة الوصف يتحالفان، الأصل فى هذاأن المتبائعين متى اختلفا فى مقدار الثمن، أو جنسه بعد ما هلكت السلعة فى يد المشترى، وكان الثمن دراهم، أو دنانير، فالقول قول المشترى مع يمينه، ولايتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وعند محمد رحمه الله تعالى: يتحالفان، ويفسخ العقد على [القيمة، وقد مرّ هذا فيما تقدم.

وإن كان الثمن عرضًا، والمسألة بحالها، فإنهما يتحالفان عندهم جميعًا، ويفسخ العقد على][1] القائم مقصودًا، وعلى الهالك حكمًا وتبعًا للقائم باعتبار القيمة؛ لأن فسخ البيع بسائر أسباب الفسخ جائز باعتبار القائم، فكذا بالتحالف، فأما إذا ادعى أحدهما أن بدل السلعة كان ثمنًا، وادعى الآخر أنه كان عرضًا، إن كان مدعى العرض المشترى، فإنهما يتحالفان عندهم جميعًا، ويغرم المشترى قيمة السلعة يوم قبضها لصاحبه.

وإن كان مدعى العرض البائع، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى القول قول المشترى مع يمينه، ولا يتحالفان، ويغرم المشترى الثمن الذى أقر به البائع؛ لأن البيع قابل للفسخ فى زعم أحدهما، غير قابل فى زعم الآخر، فيجب التحالف من وجه دون وجه، فعملنا بهما من الوجه الذى بينا، إلا أنا عملنا بما يوجب التحالف متى كان المشترى مدعيًا للعرض [لأنا لو عملنا بما يوجب التحالف متى كان البائع مدّعيًا للعرض][2]، لا يمكننا تحليف البائع؛ لأن البائع إنما يحلف بدعوى المشترى؛ لأن المشترى [لا يدعى عليه يمينا، ومتى كان المدعى للعرض المشترى، أمكننا تحليف البائع بدعوى المشترى؛ لأن المشترى][3] يدعى يمينه فى هذه الحالة؛ فإنه يزعم أن البيع قابل للفسخ، وأن الثمن واجب على البائع، فأمكن تحليف

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: "ظ" و"ف" و"م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: "ظ" و"ف" و"م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ: "ظ" و"ف" و"م".

البائع بدعوى المشترى، وتحليف المشترى بدعوى البائع، فتحصيل العمل بما يوجب التحالف وبما يمنع.

فأما إذا ادعى أحدهما أن بدل السلعة كان ثمنًا وعرضًا، وادعى الآخر أنه كان ثمنًا كله، إن كان المدعى للعرض المشترى، فإنه ينقسم ثمن السلعة على الثمن الذى أقر به المشترى، وعلى قيمة العرض فيما يخص السلعة من الثمن، فالقول قول المشترى فيه مع يمينه عندهما، ولا يتحالفان عندهما، ثم يغرم المشترى قيمة حصة العرض من السلعة للبائع، وإن كان المدعى للعرض البائع، فالقول قول المشترى فى الكل، فلا يتحالفان عندهما، اعتبارًا للبعض بالكل، وعند محمد رحمه الله تعالى فى جميع ذلك يتحالفان؛ لأن تعذر الفسخ عنده بهلاك السلعة، لايمنع التحالف.

إذا ثبت هذا، جئنا إلى تخريج المسألة التى ذكرها محمد رحمه الله، فنقول: المشترى ادعى أن بدل الجارية بعضه ثمن، وبعضه عرض، فيكون لكل بعض حكم نفسه، فإن تحالفا على ثلث الجارية، وفسخ القاضى العقد على ثلث الجارية، كان على المشترى أن يرد ثلث الجارية على البائع، وقد عجز عن ردها بسبب الهلاك، فكان عليه رد ثلث قيمة الجارية، وعلى قول محمد: يتحالفان فى الكل، ويغرم جميع قيمة الجارية للبائع، وعلى هذا القياس جنس هذه المسائل، قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عمن اشترى من آخر حنطة بعينها، فقال المشترى: اشتريتها منك على أنها مائة قفيز بعشرة دراهم، وقال البائع: بعتكها جزافًا بستة دنانير، وأقاما البينة، والحنطة قائمة، قال: البينة بينة البائع؛ لأنهما ثمنان، وإن أقام المشترى بينة أنه اشتراه منه بأربعة دنانير وعشرة دراهم، وأقام البائع بينة أنه باعه منه بخمسة دنانير، فالبينة بينة البائع، وإن أقام المشترى بينة أنه اشتراه بخمسة دنانير وعشرة دراهم على أنه مائة قفيز، فوجده خمسين قفيزًا، وأقام البائع بينة أنه باعه منه بخمسة دنانير جزافًا، فالبينة بينة المشترى، وله الخيار، إن شاء، أخذه بحصته من الثمن، وهو ديناران ونصف وخمسة دراهم؛ لأنه ثمن واحد؛ لأن المشترى وافق البائع على خمسة دنانير.

وقال أبوسليمان: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول فى رجل باع طعامًا بعينه بعشرة دراهم، فقال البائع: بعتكها جزافًا بعشرة، وقال المشترى: اشتريت مكايلة بعشرة، قال: يتحالفان ويترادان، قال: وكذلك كل ما يوزن، ولو كان[1] هذا فى ثوب، فقال البائع: بعتكه، ولم أسم ذراعًا، وقال المشترى: اشتريت بعشرة مزارعة، فالقول قول البائع؛ لأن

---

(١) وفى "ف": ويكال مكان ولو كان.

الثوب إن نقص لم أنقص من الثمن.

عمرو بن أبى العلا : عن محمد رحمه الله تعالى : رجل قال لآخر : اشتريت منك هذا العبد بألف درهم زيوفا، أو نبهرجة، أو ستوقة، أو رصاصًا، قال ذلك موصولا، وقال المقر له : بالجياد، فالقول قول المقر له فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فى الزيوف والنبهرجة : يتحالفان، ويترادان البيع.

وأما فى الستوقة والرصاص فالقول قول البائع عند أبى يوسف رحمه الله تعالى ؛ لأن المشترى لا يصدق على فساد البيع، وقال محمد رحمه الله تعالى : القول قول المشترى؛ لأنه لم يقر إلا ببيع فاسد.

نوع آخر
فى الاختلاف الواقع فى الثمن مع الأجل:

١٢٣٤٢- رجل ادعى على رجل أنه باع منه هذه الجارية بألف درهم إلى سنة، وأقام بينة، وأقام مولى الجارية بينة أنه باعه الجارية بألفى درهم حالة، فعلى المشترى ألف حالة، وألف إلى سنة؛ لأنى أخذت ببينة البائع فى الثمن، وأخذت ببينة المشترى فى الأجل، وهذه الألف المؤخرة ليست من الألف التى أقر بها المشترى أنها هى الثمن، ولكنها من الألفين جميعًا، من كل ألف خمسمائة.

ولو قال : بعتها بألف درهم إلى ثلاث سنين، كل سنة ثلث الألف، وقال البائع : بل بعتكها بألفى درهم إلى سنتين، كل سنة ألف درهم، فإنى أجعل الثمن على المشترى ألفين، وأؤخر منها ألفًا إلى ثلاث سنين، فى كل سنة ثلث الألف، وهذا الثلث المؤخر إلى السنة الثالثة من الألفين، فيؤدى إلى السنة الأولى خمسة أسداس ألف درهم، ثمانى مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، وفى السنة الثانية كذلك، وفى السنة الثالثة يؤدى ثلث الألف، هذه المسألة من "المنتقى".

١٢٣٤٣- وفى "نوادر ابن سماعة" : عن محمد رحمه الله تعالى : رجل ادعى على رجل أنه باعه هذا الثوب بمائة درهم إلى خمسة أشهر، كل شهر عشرين درهمًا، وأقام على ذلك بينة، وأقام المدعى عليه بينة أنه اشتراه بخمسين درهمًا إلى عشرة أشهر، كل شهر خمسة، قال : إن كان رب الثوب قد أقام البينة على فضل خمسين درهمًا، فأقبل بينته فيه، وقد زعم أن له من المائة كل شهر عشرين، وقد أقر المدعى له بخمسة فى كل شهر، فادفع إلى المدعى فى

الشهر الأول خمسة، أقر له بها المدعى عليه، وخمسة عشر من دعوى المدعى فى فضل الخمسين الذى أثبته بالبينة، وكذلك فى الشهر الثانى والثالث، فيأخذ فى ثلاثة أشهر ستين درهمًا، خمسة عشر بحكم إقرار المدعى عليه، وخمسة وأربعين بحكم دعواه المؤكد بالبينة، فإذا أخذ ذلك بقى له من الخمسين التى أقام عليها البينة، خمسة يأخذ ذلك فى الرابع بحكم البينة، ويأخذ خمسة أخرى أيضًا فى الشهر الرابع بإقرار المدعى عليه، وما بقى بعد ذلك أخذ فى كل شهر خمسة حتى يتم المائة على الأجل الذى أقام المدعى عليه بالبينة.

وروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى بخلاف، فإنه يقول: الخمسين التى أقام عليها المشترى البينة من المائة التى زعم المدعى أنها له على المشترى، فاجعل الخمسين على الأجل الذى أقام عليه المشترى البينة، بقيت خمسون بزعم المدعى، فأقضى للمدعى بعشرة من هذه الخمسين فى كل شهر؛ لأن المدعى لو ادعى العشرين من المائة كلها، فيكون مدّعيًا من هذه الخمسين فى كل شهر عشرة، وقد عزلت خمسين من المائة على دعوى المشترى على أجلها، فيأخذ المدعى فى الشهر الأول خمسة المدعى عليه مقر له بها، ويأخذ عشرة من الخمسين الفاضلة؛ لما ذكرنا أنه ادعى العشرين من المائة كلها، فيكون مدعيًا من الخمسين الفاضلة عشرة، فيأخذ خمسة عشر فى خمسة أشهر، وذلك خمسة وسبعون، بقى هناك خمسة وعشرون، يأخذ منها فى كل شهر خمسة، فيحصل الاستيفاء فى عشرة أشهر.

قال محمد رحمه الله تعالى: ما ذكر من الجواب فذلك فى الثوب، والعبد، والدار يختلفان فى ثمنه وأشباهها، فأما إذا أقام رجل بينة على رجل بدين مائة درهم أن له عليه مائة درهم فى خمسة أشهر، فى كل شهر عشرين، وأقام الآخر عليه البينة أن له عليه خمسين فى عشرة أشهر فى كل شهر خمسة، فهما مالان، فأقضى عليه بدعوى المدعى بمائة درهم فى خمسة أشهر.

١٢٣٤٤ - وفيه أيضًا عن محمد رحمه الله تعالى: رجل أقام بينة على رجل أنى بعت منك هذا الثوب بمائة درهم، تؤديها إلى فى عشرة أشهر، فى كل شهر عشرة، وأقام المدعى عليه بينة أنه اشتراه منه بستين درهمًا فى عشرين شهرًا فى كل شهر ثلاثة، فإنى أقبل بينة البائع على فضل الثمن، وأقبل بينة المشترى على الأجل، فيأخذ منه البائع خمسة أشهر عشرة؛ لأن المشترى مقر له بثلاثة كل شهر، فيأخذ منه البائع فى خمسة أشهر ثلاثة كل شهر بإقراره، ويأخذ سبعة من الأربعين الذى ادعاها البائع فضلا على الستين، فإذا أخذ منه خمسة أشهر عشرة، فقد بقى للبائع من الأربعين الفاضلة خمسة، فيأخذها منه فى الشهر السادس، وثلاثة

أخرى قد أقر بها المشترى، ثم يأخذ منه بعد ذلك كل شهر ثلاثة، حتى يستوفى المائة، فيأخذ المائة فى عشرين شهراً على الأجل الذى أقام المشترى عليه البينة، وعلى قياس ما روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى المسألة الأولى نقول: هذه الستون الذى أقام عليه المشترى البينة من جميع المائة التى زعم المدعى أنها له على المشترى، فاجعل الستين على الأجل الذى أقام عليه المشترى البينة، بقى هناك أربعون بزعم المدعى، فأقضى للمدعى بأربعة من هذه الأربعين فى كل شهر؛ لأنه ادعى العشرة، فى كل شهر من المائة كلها، فيكون مدّعيًا من هذه الأربعين أربعة فى كل شهر، فأقضى له بذلك ببينته، وأقضى له من الستين الذى المشترى مقر بها فى كل شهر ثلاثة، فيأخذ من جميع المائة فى كل شهر سبعة، فيأخذ هكذا سبعة سبعة فى عشرة أشهر عشر مرات يبقى هناك إلى تمام المائة ثلاثون، فيستو فيها فى عشرة أشهر، فكل شهر ثلاثة، فيحصل استيفاء المائة فى عشرين شهراً على الأجل الذى ادعاه المشترى.

قال محمد رحمه الله تعالى: لا أجعل الخمسين فى المسألة الأولى من المائة كلها، ولا الستين فى المسألة الثانية من المائة كلها، ألا ترى أن البائع لو قال: بعته بألفين: بألف حالة، وبألف إلى شهر، وقال المشترى: اشتريته بألف إلى شهرين، وأقاما جميعًا البينة أنى آخذ منه ألفًا الساعة، وألفًا إلى شهرين، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وعلى قياس قول أبى يوسف يجعل الألف [المؤخرة][1] إلى شهرين من الألفين من النقد والتأخير، فيجعل خمسمائة حالة، وخمسمائة إلى شهر، وألفًا إلى شهرين.

١٢٣٤٥- رجل أقام بينة على رجل أنه اشترى منه هذا الثوب بخمسة عشر درهمًا إلى شهر، وأقام الذى فى يديه الثوب بينة أنه باعه نصف هذا الثوب بعشرة دراهم حالة، قال: يدفع إليه الثوب، وله خمسة عشر درهمًا إلى شهر، ألا ترى أنه لو قال: بعتك هذا الثوب بألف حالة، وأقام بينة، وأقام الآخر بينة أنه اشترى هذا العبد الآخر بألف إلى سنة، أنهما له بألف إلى سنة.

نوع آخر فى الاختلاف فى الثمن
وفيه تعيين[2] مسائل الاختلاف فى الثمن:

١٢٣٤٦- وإذا وقع الاختلاف فى المبيع، فقال المشترى: اشتريت منك هذا العبد بألف

---

(١) هكذا فى النسختين: "ف" و"م"، وكان فى الأصل والنسخة "ظ": الواحد بدلا من المؤخرة.

(٢) وفى النسختين: "ف" و"م": بعض مكان تعيين.

درهم، وقال البائع : لا، بل بعت منك هذه الجارية بألف درهم، فلا يخلو : إما أن يكونا فى يد البائع، أو فى يد المشترى، أو كان العبد فى يد الثالث، فإن كانا فى يد المشترى، فلا يخلو : إما إن قال البائع للمشترى : العبد ملكك، لم أبعه منك، وإنما بعتك الجارية بألف درهم، ولى عليك ألف درهم من ثمن الجارية، وفى هذا الوجه الألف لازم على المشترى، والعبد سالم له؛ لأنهما اتفقا على سلامة العبد له، وكذلك إن اتفقا على وجوب الألف عليه، ولكن اختلفا فى جهته، والاختلاف فى الجهة فى مثل هذا لا يضر، كمن قال لآخر : لك على ألف درهم من ثمن متاع، وقال الآخر : لا، بل من قرض.

وإن قال البائع للمشترى : العبد ملكى، ما بعته منك، وإنما بعتك الجارية بألف درهم، ذكر هذه المسألة فى كتاب الإقرار فى موضعين، وأجاب فى أحدهما أن القول فى العبد قول البائع ؛ لأن المشترى أقر له بملك العبد، حيث ادعى الشراء منه، إلا أنه ادعى التملك عليه، وهو أنكر التملك عليه، والقول قول المنكر فى الشرع.

وإذا حلف البائع على العبد، أخذ العبد، ولا شىء على المشترى؛ لأن المشترى إنما أقر له بألف على نفسه عوضًا عن العبد، ولم يسلم له العبد، فكان له أن لا يعطيه الألف، وأجاب فى الموضع الآخر أنهما يتحالفان؛ لأن كل واحد منهما يدعى على صاحبه عقدًا غير العقد الذى ادعى صاحبه عليه؛ لأن العبد غير الجارية، فكان العقد على الجارية غير العقد على العبد، فهو معنى قولنا : كل واحد منهما يدعى على صاحبه عقدًا غير العقد الذى يدعيه صاحبه، فيتحالفان، كما لو اختلفا فى جنس الثمن.

وإن كانا فى يد البائع، فالجواب فيه على التفصيل الذى ذكرنا فيما إذا كانا فى يد المشترى، وإن كان العبد فى يد الثالث، إن صدق صاحب العبد المشترى فيما قال : أمر بالتسليم إليه، ثم الحكم فيه ما ذكرنا فيما إذا كان العبد فى يد المشترى.

وإن قال صاحب اليد : العبد فى ملكى، فالقول قوله مع اليمين، ولا شىء على المشترى؛ لأنه ما أقر بألف على نفسه إلا عوضًا عن العبد، ولم يسلم له العبد، وإن قال صاحب اليد : العبد للبائع، أمر بالتسليم إليه، والحكم فيه بعد ذلك ما ذكرنا فيما إذا كانا[1] فى يد البائع.

وإن قال المشترى : اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بألف درهم، وقال البائع : بعت منك هذه الجارية لا غير، بألف درهم، فالجواب فى هذه المسألة على التفاصيل التى مرت

---

(١) هكذا فى الأصل والنسختين : "ظ" و "ف"، وكان فى النسخة "م" : إذا كان العبد فى يد البائع.

فى المسألة المتقدمة .

وإذا اشترى من آخر جراب هروى، وقبضه، فوجد فيه أحد عشر ثوبًا، فقال البائع : بعتك هذا الجراب على أن فيه عشرة أثواب بمائة، وقال المشترى : اشتريته على أن فيه أحد عشر ثوبًا بمائة، وأراد كل واحد منهما استحلاف صاحبه، فالقاضى يحلف البائع على دعوى المشترى؛ لأن المشترى يدعى البيع فى الثوب الحادى عشر، والبائع منكر، والقول قول المنكر، فإن نكل، ثبت ما ادعاه المشترى، وإن حلف رد المشترى الجراب، ولم يحلف المشترى، أما رد المشترى : فلأن البائع لما حلف، فسد العقد؛ لأنه لم يثبت البيع فى الثوب الحادى عشر، وأنه مجهول، فصار المبيع مجهولا، وجهالة المبيع يوجب فساد العقد، والعقد الفاسد واجب الرد، وأما لا يحلف المشترى؛ لأن فائدة التحليف النكول الذى هو إقرار، والمشترى لو أقر بما ادعاه البائع، كان العقد فاسدًا؛ لما مرّ، فلا يفيد تحليفه .

فإن قيل : ينبغى أن يجعل القول قول المشترى فى هذه المسألة؛ لأنه يدعى جواز العقد؟

قلنا : بدعوى الجواز يدعى استحقاق الثوب الحادى عشر، والبائع منكر .

وإن اختلفا فى وصف من أوصاف المبيع، فقال المشترى : اشتريت منك هذا العبد على أنه كاتب، أو قال : على أنه خبّاز، وقال البائع : لم أشترط لك شيئًا، فالقول قول البائع، ولايتحالفان، وفيما إذا اختلفا فى صفة الثمن، وهو دين، يتحالفان؛ لأن الدين يختلف باختلاف الأوصاف، فكان الاختلاف فى الوصف اختلافًا فى أصل الثمن، فكان كل واحد منهما مدّعيًا على صاحبه عقدًا غير العقد الذى يدعيه صاحبه عليه، أما المبيع عين، والعين لا يختلف باختلاف الصفة، فلم يكن كل واحد منهما مدّعيًا عقدًا غير العقد الذى يدعيه صاحبه عليه .

١٢٣٤٧- وإذا قال : بعتك هذا العبد بألف درهم، وقال المشترى : اشتريت منك هذه الجارية بخمسين دينارًا، ولا بينة لهما، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فإن أقاما البينة، يقضى بالعقدين عندهم جميعًا، يقضى على البائع ببيع العبد والجارية، ويقضى على المشترى بألف درهم وخمسين دينارًا، أما على قول محمد رحمه الله تعالى : فلأن الأصل عنده القضاء بعقدين مع إمكان القضاء بعقد واحد [فعند تعذر القضاء بعقد واحد][1] أولى، وأما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى؛ فلأن الأصل عندهما القضاء بعقد واحد، إلا إذا تعذر، فحينئذٍ يقضى بالعقدين، وقد تعذر القضاء بعقد واحد ههنا؛ لأن إمكان القضاء

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من النسخ التى عندنا جميعًا .

بعقد واحد إنما يثبت بأحد طريقين: إما بإمكان رد إحدى البينتين، أو بإمكان القضاء بكل واحد من البينتين، بإثبات الزيادة فى عقد واحد على ما يأتى بيانه فى مسائل السلم، وههنا رد إحدى البينتين غير ممكن؛ لأن كل واحدة منهما قامت على إثبات ما هو محتاج إليه، وتعذر القضاء بينهما من حيث القضاء بإثبات الزيادة فى كل واحد من البدلين؛ لأن العبد لا يتصور زيادة فى الجارية، ولا الجارية فى العبد، ولا الدراهم فى الدنانير، ولا الدنانير فى الدراهم.

وإذا فات إمكان القضاء بعقد واحد، وجب القضاء بعقدين ضرورة.

١٢٣٤٨- ولو قال: بعتك هذه الجارية بمائة دينار، وقال المشترى: اشتريتها بخمسين دينارًا، وأقاما بينة، فالبينة بينة البائع؛ لأنها أكثر إثباتا، ويقضى بعقد واحد؛ لأن القضاء بالعقدين متعذر؛ لأن المبيع عين، والعين الواحد متى صار مستحقّا للمشترى بالشراء، لا يتصور أن يصير مستحقّا بالشراء مرة أخرى ما لم يعد إلى البائع بسبب من الأسباب، ثم يشترى منه ثانيًا، والشهود لم يشهدوا بالعود إلى البائع، فكان القضاء بالعقدين متعذرًا.

ولو قال المشترى: بعتنى مع هذه الجارية وصيفًا بخمسين دينارًا، وقال البائع: بعتك الجارية وحدها بمائة دينار، وأقاما البينة، فإنه يقبل بينة كل واحد منهما فيما ادعى من إثبات الزيادة لنفسه؛ لأن القضاء بالعقدين متعذر؛ لأن الجارية باتفاقهما صارت مستحقة للمشترى من جهة البائع بالشراء، فلا يتصور استحقاقها بالشراء من جهته بعد شيء آخر إلا بعد عود الجارية إلى البائع، والشهود لم يشهدوا بذلك، وإذا تعذر القضاء بالعقدين، وليست إحدى البينتين بالقبول بأولى من الأخرى؛ لأن كل واحدة قامت على إثبات زيادة ادعاها صاحبها، وجب قبولها فى إثبات ما قامت عليه لكل واحد منهما، فتقبل بينة البائع فى إثبات الزيادة فى الثمن، فيقضى على المشترى بمائة دينار، وتقبل بينة المشترى فى إثبات الزيادة فى المبيع، فيقضى على البائع بالجارية والوصيف.

١٢٣٤٩- قال محمد رحمه الله تعالى فى "الجامع": رجل اشترى من رجل عبدًا بألف درهم، وقبضه، ووهب البائع عبدًا آخر للمشترى، وسلمه إليه، فمات أحد العبدين، فجاء المشترى يرد الباقى بالعيب، فقال البائع: لم أبعك هذا العبد، إنما بعتك العبد الذى مات، وهذا العبد الذى وهبته منك، وقال المشترى: لا، بل هذا الحى هو الذى اشتريته منك بألف درهم، ولا بينة لواحد منهما، كان القول قول البائع مع يمينه؛ لأن المشترى يدعى فسخ العقد فى العبد الحى، والبائع منكر، ولأن المملك هو البائع، فيكون القول قوله فى بيان سبب الملك، أنى ملكت هذا العبد بالهبة.

ولو لم يجد المشترى بالعبد عيبًا، ولكن أراد البائع الرجوع فى الهبة، وقال: إن الحى هو الذى وهبته، وأنكر المشترى، فالقول قول البائع؛ لما قلنا من المعنى الثانى، وإذا رجع فيه، كان للمشترى أن يرجع على البائع بالثمن الذى نقده؛ لأنا إنما جعلنا القول قول البائع فى كيفية تمليك العبد باعتبار أن تمليك العبد استفيد من جهة المشترى، فوجب أن يقبل قوله فى كيفية تمليك الثمن أيضًا، وفى زعم المشترى أنه إنما ملك الثمن بإزاء العبد الحى ولم يسلم له العبد الحى، فلا يسلم للبائع أيضًا الثمن، بخلاف المسألة الأولى، حيث لا يرجع المشترى بالثمن على البائع؛ لأن هناك فى زعم المشترى أن العبد الذى بمقابلة الثمن سلم للمشترى؛ لما امتنع الرد، فجاز أن يسلم البائع فى زعم المشترى، أما ههنا فبخلافه على ما مر.

وإذا رجع المشترى على البائع بالثمن، رجع البائع على المشترى بقيمة العبد الذى مات فى يده؛ لأن البائع يقول: إنما ملكت ذلك الذى مات عوضًا عن هذا الثمن الذى استحقه، وقول البائع فى ذلك أيضًا مقبول، فإذا لم يسلم الثمن للبائع، وجب على المشترى رد المبيع، وتعذر رده صورة بسبب الموت، فيجب رده معنى وذلك برد القيمة، ولكن هذا كله بعد أن يتحالفا، فحلف البائع بالله: ما بعت هذا القائم، فإذا حلف، اعتبر القائم موهوبًا فى حقه، فيرجع فيه، ويحلف المشترى بالله: ما اشتريت منه الذى مات، وإذا حلف، رجع على البائع بالثمن، ثم إنما وجب التحالف ههنا؛ لأن البائع يدعى الرجوع فى الهبة، والمشترى ينكر، والمشترى يدعى الرجوع بالثمن، والبائع ينكر، فلهذا جرى التحالف، ثم أوجب التحالف فى هذه المسألة، ولم يوجب الحلف على المشترى فى المسألة الأولى؛ لأن فى المسألة الأولى البائع لا يدعى على المشترى شيئًا؛ لأنه لا يرجع فى الهبة، أما فى المسألة الثانية البائع مع المشترى كل واحد منهما يدعى على صاحبه شيئًا على ما مر، فجرى التحالف[1] فى المسألة الثانية.

وإن كان العبد هالكًا بخلاف ما إذا اختلف المتبائعان فى مقدار الثمن، والسلعة هالكة على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى؛ لأن هناك اتفق العاقدان أن التمليك حصل بجهة واحدة، وهو البيع، بقى الاختلاف فى مقدار الثمن، فيكون القول قول من ينكر الزيادة، وهو المشترى، أما ههنا اختلفا فى جهة التمليك، فالبائع ادعى تمليك الهالك بالبيع، والمشترى ينكر، والمشترى يدعى تمليك الهالك بالهبة، والبائع ينكر، فوجب التحالف لهذا.

١٢٣٥٠- ولو اشترى أحدهما بألف درهم، والآخر بمائة دينار، كل واحد منهما صفقة على حدة، وتقابضا، فمات أحدهما عنده، ثم جاء بالباقى يرده بالعيب، واختلفا فى ثمنه،

---

(١) وفى النسخة "ف": فجرى التحالف فى ثم أوجب التحالف فى المسألة الثانية.

قال البائع: ثمنه ألف درهم، وقال المشترى: لا، بل مائة دينار، كان له أن يرد بالعيب؛ لأن حق الرد لا يختلف باختلاف الثمن، ولا يبطل بجهالته، وإذا رد، بقى الاختلاف بينهما فى ثمن المردود، وتمليك الثمن استفيد من جهة المشترى، فيكون القول قوله أنه ملكه بإزاء هذا العبد، ولا يتحالفان؛ لأن المقصود من التحالف الفسخ، وقد حصل ذلك بالرد بالعيب، وكذلك يكون القول قول المشترى فى ثمن الهالك عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى مع يمينه، وعند محمد رحمه الله تعالى يتحالفان، ويرد المشترى قيمة الميت، وكان على البائع رد الثمنين جميعًا؛ لأن العقد انفسخ فى العبدين، فى أحدهما فى الرد بالعيب، وفى الآخر بالتحالف، ولو كانا حيين، والمسألة بحالها، رد المشترى العبد المعيب بالثمن الذى ادعاه من غير تحالف، لحصول ما هو المقصود من التحالف، وهو الفسخ فى المردود بسبب الرد، وتحالفا، ويرد الباقى؛ لأنهما اختلفا فى الثمن الباقى ضرورة اختلافهما فى ثمن المردود السلعة قائمة، فيتحالفان، ويترادان، ويرجع المشترى على البائع بالثمنين جميعًا لانفساخ العقد فى العبدين على ما مر.

١٢٣٥١- وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى: رجل باع من آخر ثوبًا مرويا، فقبضه أو لم يقبضه حتى اختلفا، فقال البائع: بعته على أنه ست فى سبع، وقال المشترى: اشتريته على أنه سبع فى ثمان، فالقول قول البائع مع يمينه.

وفى "نوادر هشام": إذا اشترى من آخر ثوبًا، وقال: اشتريته منك بثمانية على أنه ثمانية أذرع فى ثمانية أذرع، وهو سبع فى سبع، وقال البائع: بعتك بثمانية، ولم أسمّ لك ذراعًا، فالقول قول البائع فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

ولو كان المشترى قال: اشتريته على أنه ثمان فى ثمان، كل ذراع بدرهم، وقال البائع: بعتك بثمانية، ولم أسمّ ذراعًا، فالقول قول المشترى، ويتحالفان، ويترادّان على قولهما، قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن رجل له أجمة تساوى ألفًا، وفيها قصب يساوى ألفًا، فاشترى رجل منه الأجمة بعشرة آلاف درهم، واختلفا، فقال البائع: بعتك القصب، وقال المشترى: إنما وقع الشراء على الأصل، قال: أفسد البيع.

١٢٣٥٢- إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى تبنًا فى موضعين بكذا درهمًا، وقبض[1] تبن أحدهما، وذهب الريح تبن الموضع الآخر، واختلفا فى مقدار ما قبض وما ذهب، فإن كان ما قبض قائمًا، تحالفا، وترادا، وإن كان مستهلكًا، فالقول قول المشترى

---

(١) وفى "م": وقبض أحد الموضعين، وذهبت الريح بالموضع الآخر، واختلفا فى مقدار ما قبض.

في قياس قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال محمد رحمه الله تعالى: يتحالفان، ويرد المشتري مثل ما أخذ من التبن، والقول فيه قوله.

١٢٣٥٣- وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر سرجًا، ثم اختلفا، فقال البائع: بعتكه بغير ركابه، وقال المشتري: لا، بل مع ركابه، أو اشترى خاتمًا، ثم اختلفا في فصّه، فقال البائع: بعته بغير فصّه، وقال المشتري: لا، بل مع فصه، فإنهما يتحالفان، ويترادان.

١٢٣٥٤- وفي "نوادر هشام": قال: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن رجل اشترى من رجل كباسة بمائة درهم، ثم اختلفا، فقال المشتري: اشتريت منك رقبة الأرض، وقال البائع: إنما بعتك الكباسة التي عليها، قال: ينظر إلى الغالب من الثمن، فأيهما[1] كان الغالب جعلتها به، وكذلك لهذا في شراء الأجمة، والمبطخة، والمنقلة، وكذا في شراء النخلة من الرطب، ينظر إلى الغالب.

وفي "البقالي": إذا اختلفا في الثياب، والجراب، والراوية، والماء ونحوها على أيها وقع البيع، اعتبر مقدار الثمن، وإن استوى الأمران في العادة، لم يجز، قال أبو يوسف رحمه الله: وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: في رجل اشترى عبدًا بألف درهم، وقبضه، ونقده الثمن، ثم ادعى المشتري أنه كان مع العبد أمة [بعينها][2] في البيع، وجحد البائع ذلك، فالقول قول البائع، ولا يرد شيئًا من الثمن بعد أن يحلف بالله: ما باعه هذه الأمة مع العبد.

١٢٣٥٥- وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لغيره: بعتك هذا العبد بألف درهم، وأقام البينة، وقال المدعى عليه: اشتريته منك وهذا العبد الآخر بألف درهم، وأقام البينة، فإني أجعلها جميعًا بألف، ولو قال المشتري: اشتريتهما منك هذا بخمسمائة، وهذا بخمسمائة، وقال البائع: بعت هذا وحده منك بألف درهم، وأقاما البينة، فإني أجعل عليه الألف للعبد الذي أقام عليه البائع بينة أنه باعه بالألف، وأجعل عليه خمسمائة للعبد الآخر، قال: وكان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول: إذا قال المشتري: اشتريتهما منك بألف درهم، وأقام بينة، وقال البائع: بل بعت هذا وحده بألف درهم، وأقام بينة، فعليه ألف وخمسمائة، ثم رجع، وقال: هما بألف، وقال زفر: قوله الأول أحب إليّ.

وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لغيره: اشتريت منك

---

(١) هكذا في النسختين: "ف" و "م"، وكان في الأصل والنسخة "ظ": فإن كان.

(٢) هكذا في النسختين: "ف" و "م"، وكان في الأصل: بيّنها، وفي النسخة "ظ": يعينها.

هذه الجارية وابنتها بألف درهم، وأقام على ذلك بينة، وقيمتهما سواء، وقال البائع : بعت الأم وحدها بألف درهم، فإن أباحنيفة رضى الله تعالى عنه كان يقول : يأخذهما بألف وخمسمائة، ثم رجع، وقال : يأخذهما جميعًا بألف درهم، وهذه المسألة عين المسألة المتقدمة، ولكن فى صورة أخرى .

١٢٣٥٦- فى "المنتقى" : رجل اشترى من آخر ثوبًا، فقطعه، ثم قال المشترى بعد ذلك : اشتريته بدرهم، وقال البائع : بعته بكرى حنطة بعينها، فالقول قول المشترى .

١٢٣٥٧- وفيه أيضًا : رجل اشترى من آخر جارية، وقبضها، ووطئها، ثم اختلفا فى الثمن، فالقول قول المشترى مع يمينه، إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الجارية بغير مهر، ولو كان لها زوج يوم اشتراها، لم يمنع وطءه من الرد بسبب الاختلاف فى الثمن من قِبل أن هذا كان بمنزلة عيب، فبرئ منه البائع .

١٢٣٥٨- وفيه أيضًا : رجل اشترى عبدًا، وقبضه، وفقأ عينه بعد ما قبضه، ثم اختلفا فى مقدار الثمن من الدراهم، قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه : القول قول المشترى، ولا سبيل للبائع على العبد، وإن رضى بأخذه كذلك .

ولو قال البائع : بعتك بدارك هذه، وقال المشترى : اشتريته بأمتى هذه، رد العبد على البائع، وضمن المشترى نصف قيمته يوم قبض، كيف كان ذهاب العين من جناية المشترى، أو من جناية أجنبى، أو من غير فعل أحد .

وفى "نوادر بشر" : عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : فى المبيع : إذا كان مستهلكًا كل شىء أقر المشترى أنه اشتراه به مما هو ثمن، لا ينتقض البيع بهلاكه، أو استحقاقه، أو رده بالعيب [فالقول فيه قول المشترى، وكل شىء ليس بثمن، وينتقض البيع بهلاكه، أو استحقاقه، أو رده بالعيب][1] لم يصدق فيه المشترى ؛ لأنه يريد أن يلزم البائع هذا العرض والمشترى فيه بائع، وعلى المشترى قيمة ما قبض، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : لو قال البائع : بعتك بهذين العبدين، وقال المشترى : اشتريته بهذا العبد وحده، لأحدهما، والمبيع مستهلك، قال : قد اتفقا على واحد، فهو بيع به، ولا يصدق البائع على الآخر .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

نوع آخـر

فى دعوى البيع مع دعوى الإعتاق:

١٢٣٥٩- رجل ادعى على آخر أنى بعت منك هذا العبـد الذى فى يدى بألف درهم، وأعتقته أنت أيها المشترى، وقال المشترى: ما اشتريته، وما أعتقته، فإن أقام البائع بينة، سمعت بينته على الشراء والعتق؛ لأنه خصم فى إثبات الشراء، والعتق؛ لأن بالشراء، يثبت أصل الثمن، وبالعتق يثبت تأكد الثمن، وخروج المبيع عن ضمان البائع، ودخوله فى ضمان المشترى؛ لأن الإعتاق قبض معنوى على ما عرف، فإن لم يكن له بينة، وطلب من القاضى أن يحلف المشترى، حلفه أولا على دعوى الشراء، فإن حلف على دعوى الشراء، لا يحلفه على دعوى العتق بعد ذلك؛ لأنه لا فائدة فيه؛ لأنه لم يثبت الملك للمشترى؛ لما حلف، ولكن يعتق العبد على البائع بحكم إقراره أن ما ملكه قد أعتقه، وكان ولاء العبد موقوفًا؛ لأن كل واحد منهما ينفيه عن نفسه.

هذا إذا حلف على دعوى الشراء، وإن نكل عن دعوى الشراء، حتى صار مقرًا بالشراء لأن يحلف على دعوى العتق؛ لأن البائع يدعى عليه قبض المعقود عليه، وتأكد الثمن، وهو منكر، فإن نكل، يثبت العتق من جهة، وكان ولاء العبد له، وإن حلف، لم يثبت العتق، وكان ولاء العبد مملوكًا للمشترى؛ لأنه لو ثبت العتق ههنا يثبت بشهادة البائع، والعتق لا يثبت بشهادة البائع؛ لأنه فرد.

هذا إذا كان العبد فى يد البائع، وإن كان فى يد المشترى، وباقى المسألة بحالها، فإن أقام البائع بينة على ذلك، سمعت بينته على المشترى؛ لما مر، ولايسمع بينته على العتق عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، بخلاف الفصل الأول؛ لأن فى الفصل الأول إنما قبلت بينة البائع على العتق؛ لما فيه من إثبات القبض الذى هو حقه، والقبض ههنا ثابت بالمعاينة، فلا حاجة إلى إثباته بالبينة، فلم ينتصب البائع خصمًا فى دعوى العتق، فالتحق دعواه بالعدم، والبينة على عتق العبد لا تقبل من غير الدعوى، وعندهما تقبل البينة على العتق؛ لأن عندهما الدعوى ليست بشرط لقبول البينة على العتق، وإن لم يكن للبائع بينة، يحلف المشترى على دعوى الشراء، فإن حلف، لا يحلف على دعوى العتق بالإجماع، وعتق العبد على البائع بحكم إقراره على ما مر، وكان ولاءه موقوفًا، وإن نكل عن دعوى الشراء، ثبت الشراء بإقراره، ثم لا يحلف على العتق بعد ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن دعوى العتق من البائع التحق بالعدم، فلو حلف المشترى، حلف حسبة بدون الدعوى.

ومن مذهب أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أنه لا يحلف حسبة على عتق العبد بدون الدعوى، كما لا تقبل البينة عليه حسبة بدون الدعوى.

وأما عندهما فقد ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى "شرح الزيادات": أن عندهما لا يحلف حسبة بدون الدعوى، بخلاف قبول البينة، وأشار محمد رحمه الله تعالى فى كتاب التحرى أنه يحلف على طلاق المرأة بدون الدعوى، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده وشمس الأئمة هذا فى شرح كتاب التحرى: أنه يحلف على طلاق المرأة وعتق الأمة عندهما حسبة بدون الدعوى، وهما يلحقان عتق العبد بعتق الأمة وطلاق المرأة، حتى قالا: تقبل البينة على عتق العبد حسبة بدون الدعوى، كما تقبل على طلاق المرأة وعتق الأمة، فالصحيح عندهما أنه يحلف على عتق العبد حسبة بدون الدعوى، ثم عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه إذا لم يحلف على دعوى العتق، كان العبد مملوكًا للمشترى، لايحكم بعتقه؛ لأنه لو عتق، عتق بمجرد قول البائع، والعتق لا يثبت بقول الفرد، وعندهما إذا حلف إن نكل، صار مقرًّا بالعتق، وكان ولاء العبد له، وإن حلف، بقى العبد مملوكًا.

١٢٣٦٠- وإذا ادعى على غيره أنى بعت منك هذا العبد بمائة دينار، وأعتقته أيها المشترى، وقال المشترى: اشتريته منك بألف، وما أعتقته، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى يحلف المشترى على العتق أولا، ولا نشتغل بتحليفهما بسبب اختلافهما فى جنس الثمن؛ لأنهما اتفقا على الشراء؛ لأن البائع ادعى البيع بمائة دينار، والمشترى أقر بالشراء بألف درهم، فدعوى البائع الإعتاق على المشترى فى هذه الصورة دعوى هلاك المعقود عليه، ودعوى هلاك المعقود عليه دعوى سقوط التحالف عندهما، فيحلف المشترى أولا على دعوى العتق[1] عندهما، لهذا فإن نكل، يثبت العتق، وسقط التحالف، وكان القول فى الثمن قول المشترى مع يمينه، فيحلف المشترى بالله: لقد اشتريته بألف درهم كما يدعى، فالأصل أن كل من جعل القول قوله فإنما يحلف على ما يقوله، لا على ما يدعى الخصم، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة، أما متى وجب التحالف، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، ولا يحلف على ما يدعيه.

وإن حلفه على دعوى الإعتاق، لم يثبت هلاك المعقود له، فيتحالفان لاختلافهما فى جنس الثمن حال قيام المعقود عليه، ويبدأ بيمين الشراء، فإن نكل، لزمه مائة دينار، وكان العبد مملوكًا له، وإن حلف، يحلف البائع بعد ذلك بالله: ما بعته بألف درهم، كما ادعاه

(١) هكذا فى "ف"، وكان فى الأصل و "ظ": العين، وفى النسخة "م": العبد.

المشترى، فإن نكل، فله الألف، وإن حلف، فسخ القاضى العقد بينهما بسبب التحالف إذا طلبا، أو طلب أحدهما، ثم يصير العبد حرا؛ لأن البائع أقر بحريته حال ما كان مملوكًا للمشترى.

١٢٣٦١- ومن أقر بحرية ملك غيره، ثم ملكه يومًا من الدهر، يعتق على المقر، ويكون ولاء العبد موقوفًا؛ لأن كل واحد منهما ينفيه عن نفسه، فإن عاد المشترى إلى التصديق، كان الولاء له؛ لأن الولاء لا يحتمل النقض[1] بعد ثبوته، فلا يبطل بتكذيب المشترى، هذا كله قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وأما على قول محمد رحمه الله تعالى: يبدأ بالتحالف؛ لأن هلاك المعقود عليه عنده لايمنع التحالف، واختلافهما فى العقد سابق على اختلافهما فى العتق، فلهذا يبدأ بالتحالف، ويحلف المشترى بالله: ما اشتريته بمائة دينار، ويحلف البائع بالله: ما بعته بألف درهم، وأيهما نكل عن اليمين، لزمه دعوى صاحبه، فإن حلفا، يحلف المشترى على دعوى العتق بعد ذلك؛ لأن البائع يدعى عليه لنفسه بهذا الدعوى، فإنه لو ثبت العتق، كان الفسخ بالتحالف على القيمة بهلاك المعقود عليه، وإذا لم يثبت العتق، كان الفسخ بالتحالف على عين العبد، فيحلف المشترى بالله ما أعتقه، فإن نكل، يثبت العتق، ويفسخ القاضى العقد على القيمة، وإن حلف، فسخ القاضى العقد على العبد، وصار العبد حرا لإقرار البائع بحريته، وولاءه موقوف، ويستوى فى هذه المسألة إن كان اختلافهما قبل قبض المشترى العبد أو بعده.

١٢٣٦٢- وفى "الزيادات": رجل ادعى على رجل أنى بعت منك هذا العبد الذى فى يدى بمائة دينار، وأعتقته أنت، وقال المشترى: ما اشتريت إلا نصفه بخمسمائة درهم، وما أعتقته، فإنه على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى: يحلف المشترى أولا على العتق، ولا يشتغل بتحليفهما بسبب اختلافهما فى جنس الثمن؛ لأن البائع بدعوى العتق على المشترى يدعى هلاك المعقود عليه، وسقوط التحالف وتحول ضمان المشترى إلى المشترى، فيحلف المشترى على دعوى العتق أولا، فإن نكل، ثبت العتق من جهة المشترى، فيحلف بالله: ما اشتريت الكل بمائة دينار، ولقد اشتريت النصف بخمسين درهمًا، فإن نكل، صار مقرّا بشراء الكل بمائة دينار، وقد ثبت العتق منه، وكان الولاء له، وإن أنكر الولاء لنفسه، لما أنكر الإعتاق، إلا أن القاضى لما قضى عليه بالعتق بنكوله، فقد كذبه فى إنكاره، فالتحق إنكاره بالعدم، وإن حلف، فقد انتفى شراء الكل بمائة دينار، وثبت شراء النصف بخمسين

(١) هكذا فى النسختين: "ف" و"م"، وكان فى الأصل والنسخة "ظ": القبض.

درهمًا، وعاد النصف الذى انتفى الشراء عنه إلى ملك البائع، وعتق نصف العبد على المشترى، وعتق النصف الآخر على البائع عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه لإقرار البائع بحريته حين سبّب الإعتاق إلى من زعمه مالكًا، وهو المشترى، ومن أقر بحرية عبد وملكه يومًا من الدهر، عتق عليه بحكم إقراره، والإعتاق عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه يتجزأ، فيعتق النصف على البائع، والنصف على المشترى لهذا، ويكون نصف الولاء للمشترى، والنصف يكون موقوفًا للحال؛ لأن كل واحد منهما ينفيه عن نفسه، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى عتق كل العبد على المشترى، والولاء له؛ لأن الإعتاق عنده لا يتجزأ.

هذا إذا نكل المشترى عن اليمين على العتق، وإن حلف على العتق، انتفى العتق من جهته، فنشتغل الآن بتحليفهما بسبب اختلافهما من جنس الثمن، ويبدأ بيمين المشترى، فيحلف بالله: ما اشتريته بمائة دينار، ولقد اشتريت نصفه بخمسمائة، فإن نكل، لزمه الشراء بمائة دينار، وكان العبد رقيقًا؛ لأن العتق هنا لو ثبت، يثبت بمجرد قول البائع، وإنما شهادة فرد، والحكم لا يقطع بشهادة الفرد، وإن حلف، يحلف البائع بالله: ما بعت نصفه بخمسمائة درهم، ولقد بعت كله بمائة دينار، فإن نكل، انتفى العقد عن أحد النصفين، وعتق ذلك النصف على البائع؛ لأنه أقر بحريته حين نسب الإعتاق إلى من يزعمه مالكًا.

ثم الإعتاق عند أبى يوسف رحمه الله تعالى لا يتجزأ، فإذا عتق أحد النصفين على البائع، عتق النصف الآخر عليه، وعند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه الإعتاق يتجزأ، فبقى النصف الذى ثبت فيه البيع مملوكًا للمشترى، ثم يخير المشترى فى النصف الذى ثبت فيه البيع بين إمضاء العقد وبين الفسخ؛ لأن المعقود عليه قد تغير من جهة البائع قبل القبض من العين إلى القيمة عند أبى يوسف رحمه الله تعالى؛ لأن عنده الإعتاق لا يتجزأ، وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى الإعتاق، وإن كان يتجزأ، إلا أن بعتق النصف ثبت نوع فساد، ويغير فى النصف الباقى أنه يكفى لثبوت الخيار للمشترى، فإن اختار المشترى الفسخ، عاد النصف الآخر إلى ملك البائع، وعتق عليه بلا خلاف بحكم إقراره السابق، ولا سعاية له على العبد أصلا، لا فى النصف الذى انتفى البيع عنه، ولا فى النصف الذى عاد إليه بحكم الفسخ؛ لأن البائع تبرأ من السعاية؛ فإنه يقول: بعت كل العبد من المشترى، وحقى فى الثمن، والمشترى كاذب فى يمينه، فيكون مقرّا ببراءة العبد عن السعاية من هذا الوجه.

وإن اختار المشترى إمضاء العبد، كان له أن يستسعى العبد فى نصف قيمته؛ لأنه مشهود عليه بالعتق، والمشهود عليه بالعتق يستوجب السعاية [على العبد، سواء كان الشاهد موسرًا،

أو معسراً بلا خلاف، ويقابل السعاية][1] بما أدى المشترى من الثمن، فإن كان الجنس متحداً، وكان فى السعاية فضل، تصدق بالفضل؛ لأنه ربح حصل لا على ضمانه، وإن كان الجنس مختلفًا، لا يتصدق بشىء؛ لأن الربح لا يظهر فى جنسين مختلفين، ولأن القبض له شبه بالعقد، وابتداء العقد متفاضلا فى الجنسين المختلفين يجوز، فما له شبه[2] بالعقد أولى، أما ابتداء العقد متفاضلا فى جنس واحد لا يجوز، فباعتبار ماله شبه بالعقد يتمكن نوع خبث، وإنه يوجب التصدق.

هذا إذا حلف البائع، ونكل عن اليمين، فأما إذا حلف فالقاضى يفسخ العقد بينهما فى النصف الذى اتفقا على البيع فيه إذا طلبا، أو طلب أحدهما، وعاد ذلك النصف إلى ملك البائع، وعتق عليه مجانًا من غير سعاية؛ لما قلنا، هذا كله قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وأما على قياس قول محمد رحمه الله تعالى: يبدأ بالتحالف فى العقد؛ لأن دعوى الإعتاق من البائع وإن كان دعوى هلاك المعقود عليه، إلا أن إهلاك المعقود عليه لايمنع التحالف عنده، والاختلاف فى العقد سابق على الاختلاف فى العتق، فيبدأ بالتحالف فى العقد، ويحلف المشترى أولا، ثم يحلف البائع على نحو ما بينا، وأيهما نكل عن اليمين، لزمه دعوى صاحبه، وإن حلفا، يحلف المشترى على دعوى العتق؛ لما مر.

هذا كله إذا اختلفا فى العقد قبل قبض العبد، أما إذا اختلفا بعد قبض العبد، وباقى المسألة بحالها، قال فى الكتاب: الجواب على ما وصفت لك قبل القبض إلا فى خصلة واحدة، أنه لا خيار للمشترى هنا بين الفسخ والإمضاء فى النصف الذى ادعى الشراء فيه لتغير المعقود عليه بعد القبض، ولكن يستسعى العبد فى نصف قيمته.

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وهنا خصلة أخرى، أنه إذا قبض المشترى نصف القيمة من العبد، لا يتصدق بشىء، وإن كانت القيمة من جنس الثمن، وكان فيها فضل على الثمن بحصول الربح على ضمانه، ولعدم ورود ماله شبهة بالعقد وهو القبض عليه، ولهذه المسألة مع أجناسها باب على حدة فى "الزيادات" لقبه باب السلسلة.

نوع آخر فى الاختلاف فى الثمن بعد ارتفاع العقد:

١٢٣٦٣- قال محمد رحمه الله تعالى: وإذا اشترى الرجل من آخر جارية بألف درهم،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى النسخة "ظ": فحاله شبه بالعقد أولى.

وتقابضا، ثم تقايلا البيع حال قيام الجارية حتى صحت الإقالة، ثم اختلفا فى مقدار الثمن، فقال المشترى : كان الثمن ألف درهم، ولى عليك أيها البائع ألف درهم، وقال البائع : كان الثمن خمسمائة على أن أرد عليك خمسمائة أيها المشترى، ولا بينة لواحد منهما، وذكر أنهما يتحالفان.

فرق بين هذا وبين ما إذا اختلفا فى مقدار رأس المال بعد الإقالة فى السلم، فقال المسلم إليه : كان رأس المال خمسة، وقال رب السلم : كان رأس المال عشرة، فالقول قول المسلم إليه مع يمينه، ولا يتحالفان، وفى الإقالة فى بيع العين قال : يتحالفان، ويفسخ الإقالة بينهما بعد التحالف، ويعود الأمر إلى ما كان قبل الإقالة، والفرق أن الإقالة فى باب السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه، وفى حق كل حكم إذ لا يمكن أن يعتبر بيعًا جديداً؛ لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض، فإنه لا يجوز، فيعتبر فسخًا فى حق التحالف أيضًا، كما فى بيع العين، إذا تقايلا قبل قبض المبيع المنقول والثمن مدفوع إلى البائع، واختلفا فى مقدار الثمن بعد الإقالة، فإنهما لا يتحالفان، ويكون القول قول البائع مع يمينه فى مقدار الثمن؛ لأن الإقالة فى هذه الصورة لا يمكن أن يعتبر بيعًا جديداً، فاعتبر فسخًا فى حق جميع الأحكام من جملتها التحالف، فكذا فى السلم، وإذا اعتبرت الإقالة فسخًا فى حق التحالف، لا يمكن شرع التحالف فيها؛ لأن التحالف شرع فى المعقود، بخلاف القياس، فلا يشرع فى حق المفسوخ، وأما الإقالة فى بيع العين بعد القبض إن اعتبر فسخًا فيما بين المتعاقدين، اعتبر بيعًا جديداً فى حق الثالث؛ لأن اعتبار معنى البيع بعد القبض ممكن، فيعتبر بيعًا جديداً فى حق التحالف، وصار فى حق التحالف كأن البائع اشترى ثانيًا، ثم اختلفا فى الثمن، ولو كان كذلك، كانا يتحالفان، كذا هنا.

وفى باب السلم لو حصلت الإقالة بعد قبض المسلم فيه وهو قائم، حتى أمكن أن يعتبر بيعًا جديداً فى حق الثالث، يقول بأنهما يتحالفان أيضًا، هكذا قال الفقيه أبوبكر البلخى، ثم إن محمداً رحمه الله تعالى يحتاج إلى الفرق بين الإقالة فى فصل السلم وبين ما إذا اختلفا فى مقدار الثمن بعد هلاك السلعة، فإن فى فصل الإقالة فى السلم قال : لا يتحالفان؛ لأن الإقالة فى باب السلم مما لا يحتمل الفسخ [وفى البيع بعد هلاك السلعة قال بالتحالف، وإن كان البيع بعد هلاك السلعة لايحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ][1] والفرق أن التحالف مشروع فى العقد لا فى الفسخ، والإقالة فى باب السلم قبل القبض فسخ من كل وجه، فلا يمكن شرع

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

التحالف [فيها، فأما فى البيع بعد هلاك السلعة التحالف][1]، إنما يجرى فى البيع لا فى الفسخ إلا أنا نقيم القيمة فى حق الفسخ مقام العين -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الفصل الحادى عشر
فى الزيادة فى الثمن والمثمن وازديادهما، وفى الحط والإبراء عن الثمن وفى هبة الثمن من المشترى

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منه فى الزيادة المتولدة من المبيع:

١٢٣٦٤- كل زيادة تولدت عن نفس المبيع، كالولد والثمر واللبن، فهى مبيعة، فإن حدثت قبل القبض، كان لها حصة من الثمن على اعتبار القبض، فإن ورد القبض على الأصل، والزيادة قسم الثمن على الأصل يوم العقد، وعلى الزيادة يوم القبض، وإن حدثت هذه الزيادة بعد القبض، كانت مبيعة تبعًا، ولا حصة لها من الثمن أصلا، وإنما كانت هذه الزيادة مبيعة؛ لأنه يثبت فيها حكم البيع، وهو الملك؛ لأن الملك فى الأم إنما يثبت بالبيع، والملك فى الزيادة إنما يثبت بملك الأم؛ لأن ملك الأصل علة ملك الزيادة، فكان ثبوت الملك فى الزيادة بواسطة ثبوت الملك فى الأصل مضافًا إلى البيع، فهو معنى قولنا: إن الزيادة صارت مملوكة بالبيع، وكانت مبيعة إلا أنها مبيعة تبعًا بمنزلة أطراف المبيع، فلا يكون لها حصة من الثمن؛ لأن الثمن يقابل الأصول، وإنما يقابلها الثمن إذا صارت[1] مقصودة، يفعل عليها، وهو القبض؛ لأن القبض فعل مقصود، وله شبه بالعقد من حيث إن بالعقد يثبت ملك الرقبة، وباليد يثبت ملك التصرف، فإذا حبل بالولد، يصير للولد حصة من الثمن، أما بدونه لا يكون للولد حصة من الثمن، حتى لو هلكت الزيادة فى يد البائع، هلك بغير شيء؛ لأن القبض قد انعدم فيها، فلم يصر بمقابلتها شيء من الثمن، ولا خيار للمشترى بسبب هلاك الزيادة فى يد البائع إلا فى ولد الجارية خاصة؛ لأن الولادة عيب فيها، فيثبت الخيار لنقض فى الأم دون هلاك الولد، وإذا ورد القبض على الأصل، والزيادة قسم الثمن على الأصل والزيادة، ويعتبر فى الانقسام قيمة الأصل يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم القبض؛ لأن الأصل صار مقصودًا بالعقد، والزيادة صارت مقصودة بالقبض، والثمن إنما يقابل بما هو مقصود، فاعتبر قيمة

---

(١) وفى النسخة "ف": إذا صارت مقصودها بفعل يحلها، وهو القبض، وفى النسخة "م": إذا صارت كلها له، وهو القبض.

الأصل يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم القبض لهذا.

١٢٣٦٥- ولو أتلف البائع الزيادة المتولدة من المبيع قبل القبض، سقطت حصته من الثمن، يقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد، وعلى قيمة النماء يوم الاستهلاك؛ لأن النماء مبيع، وقد صار مقصوداً بالاستهلاك، فيثبت له حصة من الثمن، كما لو استهلك جزء من المبيع، وإنما اعتبر قيمة النماء يوم الاستهلاك؛ لأنه إنما صار مقصوداً بالاستهلاك.

١٢٣٦٦- ولو استهلك النماء أجنبى، ضمن قيمته، وكانت مع الأصل جميعًا؛ لكون البدل قائمًا مقام الأصل، ولا خيار للمشترى إلا فى ولد الجارية؛ لما مر.

ولو استهلك البائع النماء، بطلت حصته على ما بينا، ولا خيار للمشترى فى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: له الخيار؛ لأن النماء بالاستهلاك صار مقصوداً، ولهذا أخذ حصته من الثمن، فصار كالموجود لدى العقد، وعلى هذا الاعتبار تتفرق الصفقة على المشترى بالاستهلاك قبل التمام، وذلك يثبت الخيار، ولأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن هذه الزيادة لو هلكت بنفسها، لم يثبت للمشترى خيار، فإذا استهلكها البائع أولى؛ لأن بالاستهلاك حصل للمشترى نفع لم يحصل بالهلاك، وهو سقوط الحصة، وهذا لأن الرغبة فى الأصل تزداد باستهلاك الزيادة، ولا تتقاصر؛ لأنه لما رغب فى أن يسلم له الأصل بكل الثمن، فإذا سلم ببعض الثمن، كانت الرغبة أزيد، بخلاف الزيادة الموجودة لدى العقد؛ لأن الرغبة هناك تختل لفوات الزيادة؛ لأن الإنسان قد رغب فى التزام الثمن بمقابلة الشىء لرغبة له فيما ضم إليه، فإذا فات المضموم، يختل الرغبة، ولهذا استوى فيه الهلاك والاستهلاك، بخلاف ما نحن فيه.

١٢٣٦٧- ولو اشترى أرضًا أو نخلا، فأثمرت النخل فى يد البائع، ثم استهلك البائع الثمرة فإن عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يأخذ الثمن بالحصة من النخل، وعند محمد رحمه الله تعالى يأخذ الثمن والنخلة بحصة من الأرض، بيانه: إذا كانت الأرض تساوى ألفًا، والثمن يساوى ألفًا، والنخل يساوى ألفًا، فإن عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يقسم الثمن نصفين على الأرض والنخيل، ثم ما أصاب النخل يقسم نصفين، فيسقط الربع، وعند محمد رحمه الله تعالى يقسم أثلاثًا، فيسقط الثلث.

نوع منه فى الزيادة المشروطة:

١٢٣٦٨- اعلم أن الزيادة فى الثمن والمثمن صحيحة ثمنًا ومثمنًا، ويلتحق بأصل

العقد، ويجعل كأن العقد من الابتداء ورد على الأصل والزيادة، وهو مذهب علماءنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، وعند زفر لا يصح ثمنًا ومثمنًا، إنما يصح هبة مبتدئة حتى لا يتم إلا بالتسليم والتسلّم، وقال الشافعى رحمه الله : لا يصح أصلا، والصحيح مذهب علماءنا الثلاثة رحمهم الله تعالى؛ لأن الزيادة تصرف فى العقد بغيره من وصف مشروع، وهو وصف كونه خاسرًا إلى وصف مشروع، وهو وصف كونه عدلا، أو رابحًا؛ لأن العقد قد يقع خاسرًا من أحد الجانبين، رابحًا من الجانب الآخر، بأن كان أحد البدلين أكثر مالية، والزيادة على ما عليه الغالب، والظاهر إنما يشرط لمن وقع العقد خاسرًا من جانبه، دفعًا للخسران عنه، فيصير العقد عدلا أو رابحًا من جانبه بعد أن كان خاسرًا من جانبه، والعقد يقبل هذا النوع من التغيير، إذ ليس فيه أكثر من أن يصير بعض الثمن بمقابلة الزيادة بعد أن كان كله بمقابلة الأصل، ومن أن يصير بعض المبيع بمقابلة الزيادة بعد أن كان كله بمقابلة أصل الثمن، والعقد قابل لذلك، ألا ترى أن فى الزيادة المتولدة من [المبيع قبل القبض إذا قبضها المشترى، يأخذ قسطًا من الثمن، ويصير بعض الثمن بمقابلة الزيادة بعد أن كان كله بمقابلة أصل المبيع، وكذلك الزيادة المتولدة من الثمن][1] إذا قبضها البائع، يأخذ قسطًا من المبيع، ويصير بعض المبيع بمقابلة الزيادة بعد أن كان كلها بمقابلة أصل الثمن، إذا ثبت أن العقد قابل لهذا النوع من التغيير، وجب القول بتصحيح الزيادة ثمنًا ومثمنًا، ودفعًا للخسران من جانب المشروط له الزيادة، يبقى هذا القدر أن الثمن لابد له من مثمن، هو ملك الغير، وكذلك المثمن لا بد له من ثمن هو ملك الغير، ولكن الجواب عنه أن أصل الثمن لا يستغنى عن المقابلة حقيقة، وكذلك أصل المثمن، فأما فضول الثمن والمثمن يستغنى عن المقابلة حقيقة، ويكتفى بصورة المقابلة فيه.

١٢٣٦٩- ألا ترى لو باع عبدًا قيمته ألف درهم بألفى درهم، يجوز، وفى حق الألف الزائدة لا مقابلة من حيث الحقيقة، إنما الثابت المقابلة صورة، وفى مسألتنا وجد صورة المقابلة، فيكتفى بها لصحة الزيادة ثمنًا ومثمنًا، وشرط صحة الزيادة من المشترى فى الثمن فى ظاهر الرواية بقاء المبيع، وكونه محلا للمقابلة فى حق المشترى حقيقة، وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : أن شيئًا من ذلك ليس بشرط، حتى إن فى رواية الحسن تصح الزيادة بعد هلاك المبيع، وفى ظاهر الرواية لا يصح، وروى عن محمد رحمه الله تعالى : أن شرط صحة الزيادة كون المبيع قابلا للمقابلة فى نفسه، لا كونه قابلا للمقابلة فى حق المشترى، غير[2] أن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفى "م": حتى بدلا من غير.

على هذه الرواية تصح الزيادة من المشترى فى الثمن بعد ما باع المشترى المبيع، أو وهب وسلم، أو تصدق، وسلم؛ لأن المبيع بقى محلا للمقابلة فى نفسه، وفى ظاهر الرواية لا تصح الزيادة؛ لأن المبيع لم يبقَ محلا للمقابلة فى حق المشترى، والصحيح ما ذكر فى ظاهر الرواية؛ لأن طريق تصحيح الزيادة فى الثمن تغيير العقد، والعقد بعد هلاك المعقود عليه لا يقبل التغيير؛ لأن التغيير يرد على الموجود، والعقد كلام، كما وجد بلا شىء، وانعدم، وإنما جعل باقيًا ببقاء محله، ومحله المبيع، فإذا هلك المبيع، فات محل البيع، فلا يبقى العقد، فلا يمكن القول بالتغيير.

والجواب عن رواية محمد رحمه الله تعالى على ظاهر الرواية: أن الزيادة من المشترى، فيشترط محلية المقابلة فى حقه.

توضيحه أن المعتبر(١) أن المقابلة من وصف إلى وصف فى معنى إنشاء المقابلة على ذلك الوصف، ثم يشترط لصحة إنشاء المقابلة حقيقة كون المحل قابلا للمقابلة فى حق المنشئ [لا كونه قابلا للمقابلة فى نفسه، فكذا يشترط لصحة إنشاء المقابلة المعنوية كون المحل قابلا للمقابلة فى حق المنشئ](٢).

١٢٣٧٠- وفى "المنتقى": إذا اشترى عبدًا بأمة، وتقابضا، وهلك أحدهما، ثم زاد أحدهما للآخر فى المبيع، جاز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى؛ لأن الإقالة تجوز فى هذا الوجه، والأصل عند أبى يوسف أن ما جازت الإقالة فيه، جازت الزيادة فيه.

ولو زاد فى الثمن بعد ما رهن المبيع، أو آجر، يصح الزيادة؛ لأن المحل بقى قابلا للمقابلة حقيقة فى حق المشترى وقت شرط الزيادة، فإن بيع المرهون والمستأجر من المرتهن والمستأجر صحيح نافذ، وإنما لا ينفذ بيعهما من الأجنبى لعجز البائع عن التسليم لحق المرتهن والمستأجر، لا لأنه ليس بمحل المقابلة فى حقه.

١٢٣٧١- وكذلك لو زاد المشترى فى الثمن بعد ما قطع يد المبيع، وأخذ المشترى أرشه، صحت الزيادة؛ لأن الزيادة المنفصلة لا تبطل محلية المقابلة فى حق المشترى، فلا يمنع الزيادة إلا أنه لا يملك الرد بالعيب لمكان الزيادة المنفصلة؛ لأن بالرد بالعيب ينفسخ العقد، فبقى الزيادة مبيعًا مقصودًا بلا ثمن، أما فى إثبات الزيادة لا يحتاج إلى الفسخ، فلا يؤدى إلى هذا المعنى، وبهذا تبين أن الطريق المعتبر فى تصحيح الزيادة طريقة التغيير، لاطريقة الفسخ، ولو زاد

---

(١) وفى النسختين: "ظ" و "م": توضيحه أن تغيير المقابلة من وصف إلى وصف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ التى عندنا جميعًا.

المشترى فى الثمن بعد ما كانت المبيع لا تصح الزيادة، فرق بين الكتابة والرهن حيث جوز الزيادة فى المبيع بعد الرهن، ولم يجوز بعد الكتابة، وكما ثبت للمكاتب يد على نفسه ثبت للمرتهن يد على المرهون، والفرق وهو أن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء، وأنه يد الملك لا يد حرية للمملوك، فيبقى المرهون محلا للمقابلة، فأما الكتابة تبطل يد المولى فيظهر للعبد يد حرية على نفسه ليتمكن من الضرب فى أرض الله تعالى، فيبتغى من فضل الله تعالى، فينال شرف الحرية، وبهذا تبطل محلية البيع، ولهذا لو حلف أن لا يبيع، فباع المرهون، يحنث فى يمينه، ولو باع المكاتب، لا يحنث، هذه الجملة من بيوع "الجامع".

١٢٣٧٢- وفى "القدورى": وإذا صار المبيع مما لا يجوز العقد عليه، نحو أن يعتقه المشترى، أو يستولد، أو يدبر، أو يكون عصيراً فتخمر، أو يخرجه المشترى عن ملكه، أو يهلك، ثم زاد، فالزيادة جائزة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يجوز، وعلى هذا الخلاف إذا زاد الزوج فى مهر المرأة بعد موتها، وعلل لأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وقال: لأن الزيادة تثبت للحال ربحًا وتبعًا، لا أصلا ومقصوداً، ثم بعد الالتحاق بأصل العقد تثبت المقابلة بين الزيادة وبين المبيع، وتثبت بهذه الزيادة حصة من الثمن، ولما كان هكذا، يراعى قيام المبيع، وكونه محلا للمقابلة حالة العقد لا حالة الزيادة.

١٢٣٧٣- وفى "البقالى": يجوز الزيادة فى المبيع بعد هلاك المبيع، بخلاف الزيادة فى الثمن فى ظاهر الرواية، وهكذا روى ابن سماعة فى "نوادره".

١٢٣٧٤- ولو زاد بعد ما صار الخمر خلا، صحت الزيادة بلا خلاف؛ لأن الزيادة تقابل المبيع للحال صورة، ثم إذا التحق بأصل العقد، يقابل المبيع معنى، فإذا نظرنا إلى حالة المقابلة صورة، فالمحل صالح للمقابلة، وإن نظرنا إلى حالة المقابلة معنى، فالمحل صالح أيضًا، أما فيما بين ذلك، ليس له حالة المقابلة صورة، ولا حالة المقابلة معنى، فيجعل التخمر فيه عفواً.

١٢٣٧٥- وإذا اشترى شاة، وذبحها، ، ولم يسلخها، أو سلخها، ثم زاد فى الثمن، صحت الزيادة؛ لأن المبيع قائم بعد الذبح والسلخ، ولهذا لو كانت مغصوبة، لاينقطع حق المالك بهذه الأشياء، هكذا ذكر فى "الجامع"، وفى "المنتقى": رواية مجهولة أن لا تجوز الزيادة فى "الجامع" أيضًا.

١٢٣٧٦- ولو اشترى غزلا، وقبضه، ونسجه ثوبًا، ثم زاد فى الثمن، بطلت الزيادة؛ لأن بالنسج صار شيئًا آخر، وصار الأول هالكًا، ولهذا ينقطع حق المغصوب منه.

١٢٣٧٧- ولو اشترى ثوبًا، فقطعه، وخاطه قميصًا، ثم زاده في الثمن، صحت الزيادة؛ لأن المبيع هو الثوب، والثوب باقٍ، إلا أنه إنما أوجب انقطاع حق المغصوب منه باعتبار تعارض الحقين: حق الغاصب، وحق المالك، وترجح حق الغاصب على حق المالك على ما عرف، فأما حق المشترى هنا، فلا يعارضه بنفسه، فلا يجب الترجيح، وكذلك إذا اشترى حديدًا، و ضربه سيفًا، ثم زاد في ثمنه، صح لما قلنا: إنه حديد كما كان، وإنما ينقطع حق المالك لترجح حق الغاصب على ما مر في مسألة الخياطة.

١٢٣٧٨- ولو اشترى حنطة، فطحنها، ثم زاد في الثمن شيئًا، بطلت الزيادة على ظاهر الرواية؛ لأن الحنطة هلكت، ألا ترى أن الاسم قد زال، والصورة قد تبدلت، والمعنى قد هلكت، ووجدت معنى آخر، فبطلت الزيادة ضرورة، وإذا كانت الزيادة مفسدة للعقد، التحقت بأصل العقد، وفسد بها البيع في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا تصح الزيادة، ثم في كل موضع تصح الزيادة من المشترى، تصح من الأجنبي؛ لأن المشترى لا يملك بمقابلة الزيادة شيئًا لم يكن مملوكًا له، وكان الأجنبي في هذا كالمشترى، غير أن الزيادة من المشترى تصح بمطلق الإيجاب، ومن الأجنبي إنما يصح إذا أضاف الإيجاب إلى ماله، أو ذمته، أو أضاف الضمان إلى نفسه، أما بدون أحد هذه الأوصاف لا يصح، وإنما كان هذا لأن مطلق الزيادة ثمنًا إنما يكون على من وقع له الثمن، والمثمن وقع للمشترى، وله ولاية على نفسه، فيصح، فأما لا ولاية للأجنبي على المشترى فلا يقع إيجابًا على المشترى، بل يقع إيجابًا على الأجنبي، فلا يصح إلا على الوجه الذي قلنا، وهو نظير ما قلنا في الخطاب بالطلاق على مال، إنه يصح من الأجنبي، كما يصح من المرأة؛ لأن المرأة بالطلاق بمال لا تملك شيئًا؛ لأن حقها في مالكيتها وحريتها، وذلك باقٍ، لكن يبطل به حق كان للزوج، وقد بطل ذلك مع الأجنبي أيضًا، لكن يصح من المرأة مطلقًا، ومن الأجنبي لا يصح ما لم يضف الإيجاب إلى مال نفسه أو ذمته.

١٢٣٧٩- ثم الزيادة من الأجنبي لا تخلو: إما أن تكون مطلقة أو مقيدة بالثمن، وإما أن تكون مشروطة في العقد، أو ملحقة بها، وإما أن تكون الزيادة بأمر المشترى، أو بغير أمره، فإن كانت [الزيادة مشروطة في العقد، فإن كانت][1] بغير أمر المشترى، وكانت مطلقة غير مقيدة بالثمن.

فصورتها: رجل ساوم رجلا بعبد له بألف درهم، وأبى المالك إلا أن يبيعه بألف

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وخمسمائة، فقال أجنبى لصاحب العبد: بعه إياه بألف على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف، فباعه إياه بألف، ولم يشترط شيئًا فى البيع، فالبيع جائز، والخمسمائة التى ضمن الرجل للبائع باطل، وإن كانت مقيدة بالثمن.

وصورتها: إذا قال الأجنبى لصاحب العبد: بعه بألف درهم، فباعه إياه، جاز، ووجب الألف على المشترى، والخمسمائة على الأجنبى، وهى مسألة "الجامع الصغير"، وإنما جاء الفرق بين المسألتين؛ لأن فى المسألة الأولى لا يمكن أن يجعل كلام الأجنبى زيادة فى الثمن؛ لأنه قال: على أنى ضامن لك خمسمائة سوى هذه الألف والألف هو الثمن، فكأنه قال: سوى الثمن، فلا يمكن أن يجعل هذا زيادة فى الثمن، بقى هذا شرطًا للزيادة مطلقًا، وشرط الزيادة مطلقًا التزام المال بلاسبب، والتزام المال بلا سبب رشوة، والرشوة حرام، أما فى المسألة الثانية جعل الخمسمائة من جملة الثمن، والثمن اسم لما يستحق بالبيع، فخرج به من أن يكون رشوة.

توضيح الفرق بينهما أن فى المسألة الأولى لو كان المشترى هو الذى قال ذلك للبائع، لا يلزمه الخمسمائة، وفى المسألة الثانية لو كان المشترى هو الذى قال ذلك للبائع يلزمه الخمسمائة، فظهر [فى المسألتين](1) الفرق بينهما، فرق آخر وهو أنه إذا قال: من الثمن، فقد أضاف الإلزام إلى ما بعد الوجوب؛ لأن الثمن اسم للواجب بالبيع، وإضافة الكفالة إلى ما بعد الوجوب [جائزة، وإذا لم يقل: من الثمن، فما أضاف الكفالة إلى ما بعد الوجوب](2)، بل التزم لما فى الحال بشرط أن يبيعه منه بألف درهم، وذلك غير صحيح.

وفرق آخر أنه إذا قال من الثمن، فقد جعل المال بمقابلة المبيع صورةً، لا معنًى، ومثل هذا يصح من العاقل، فيصح من الأجنبى، فإذا لم يقل: من الثمن، فقد جعل الزيادة مقابلا بفعل البائع، وهو المبيع، والبائع فى البيع عامل لنفسه، فلا يستوجب به عوضًا على غيره.

فرع على ما إذا قال الأجنبى: من الثمن، فقال: لو نقد المشترى الألف، له أن يقبض المبيع، وليس للبائع أن يمنع عن التسليم لاستيفاء الخمسمائة؛ لأن الخمسمائة لم تثبت ثمنًا فى حق حكم يرجع إلى المشترى؛ لأنه لم يلزمها، ولم يأمر الأجنبى بها، وإنما يثبت ثمنًا فى حق الأجنبى، وفى حق حكم يرجع إلى الأجنبى، وهذا لأن التزام مال الأجنبى فيما يتضرر به

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

المشترى غير معتبر، ولو وقفنا قبض المشترى على نقد خمسمائة، يتضرر به المشترى، ولو كان المشترى أمر الأجنبى بالضمان، والمسألة بحالها، كان البيع جائزًا إذا لم يشترط ضمان الخمسمائة فى البيع، وإنما ذكر هذه الزيادة تحرّزًا عن البيع بشرط الكفالة، فإن هناك بين العلماء رحمهم الله تعالى اختلافًا، وفيه قياس واستحسان، وإذا جاز البيع هنا، كان للبائع أن يأخذ خمسمائة من الكفيل بحكم الضمان، يريد به إذا كان الكفيل قال: على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن، وإن أراد البائع أن يطالب المشترى بالخمسمائة، لم يكن له ذلك؛ لأن المشترى ما التزمها فى ذمة نفسه، إنما التزمها الكفيل بأمره، فصار الكفيل ههنا بمنزلة الوكيل بالشراء، وهناك ليس للبائع أن يطالب الموكل بالثمن، بل يطالب الوكيل، كذا ههنا، فإن نقد المشترى ألف درهم، وأراد أن يأخذ المبيع، ليس له ذلك، حتى يأخذ البائع خمسمائة من الكفيل، بخلاف ما إذا لم يكن المشترى أمر الضامن بذلك؛ لأن هناك الخمسمائة يثبت ثمنًا فى حق المشترى، ولهذا الكفيل يرجع على المشترى بذلك، وفيما إذا كانت الزيادة بغير أمر المشترى، فالزيادة لم تثبت ثمنًا فى حق المشترى، ولهذا لا يرجع الضامن على المشترى بالزيادة.

وإن أدى المشترى الألف والخمسمائة إلى البائع، أجبر البائع على القبول منه، وإن كان لا يجبر المشترى على إعطاء الخمسمائة إذا أدى ذلك بمنزلة الموكل إذا أدى الثمن، يجبر البائع على القبول منه، وإن كان لا يجبر هو على الدفع ابتداء، وليس للكفيل أن يرجع على المشترى، يريد به إذا أدى المشترى الألف والخمسمائة إلى البائع، كالموكل إذا نقد الثمن من مال نفسه، لا يكون للوكيل حق الرجوع عليه بشىء؛ لأنه إنما يرجع بما أدى من الثمن، لا بما لم يؤدّ.

وأشار محمد رحمه الله تعالى فى "الأصل" إلى علة المسألة، فقال المشترى: ليس بمتطوع فيما أدى عن الكفيل، وإنما أراد بهذا التفرقة بين هذا وبين ما لو جاء إنسان، وأدى الخمسمائة عن الكفيل، حيث كان للكفيل أن يرجع على المشترى بالخمسمائة؛ لأن هناك الأجنبى فى الأداء عن الكفيل متبرع، فيصير كأنه ملك الخمسمائة من الكفيل، ثم أدى الخمسمائة من مال الكفيل، أما ههنا المشترى ليس بمتبرع عن الكفيل؛ لأنه يؤدى ما كان عليه، فلم يصر مملكًا من الكفيل بطريق التبرع، بل يكون مؤديًا من مال نفسه، فلهذا افترقا.

١٢٣٨٠- هذا إذا كانت الزيادة مشروطة فى العقد، فأما إذا كانت الزيادة ملحقة به، بأن اشترى رجل عبدًا بألف درهم، وقبضه أو لم يقبضه حتى زاد رجل أجنبى فى ثمنه خمسمائة،

فإن فعلها بإذن المشترى، فهو على المشترى دون الأجنبى؛ لما ذكرنا أن مطلق الزيادة إنما ينصرف إلى ما دفع له الثمن، وقد ثبت له الولاء على المشترى؛ لما أمره المشترى بالزيادة، ويصير الأجنبى فى هذا بمنزلة المعير والسفير، ولهذا لا يستغنى عن الإضافة إلى عقد المشترى؛ فإنه لابد أن يقول: زدتك خمسمائة فى ثمن المبيع الذى اشتراه فلان، وحقوق العقد إنما ترجع على العاقد دون المعير والسفير، بخلاف ما إذا كانت الزيادة مشروطة فى العقد؛ لأن الأجنبى هناك بمنزلة الوكيل، ولهذا يستغنى عن إضافة الزيادة إلى عقد غيره، فكانت الحقوق راجعة إليه، أما هنا بخلافه، وإن كان زاد بغير أمر المشترى، فإن لم يضمن الزيادة والإضافة إلى مال نفسه، ولا إلى ذمته، كانت الزيادة موقوفة على رضى المشترى؛ لما مر، أن مطلق الإيجاب ثمنًا يكون على من وقع له الثمن، فيصير إيجابًا على المشترى، ولا ولاية له على المشترى، فيتوقف على رضى المشترى لهذا.

وإن كان حين زاده على الخمسمائة، قال: على أنى ضامن لها، أو قال: على أنها على، فهى لازمة للأجنبى؛ لأنه التزمها فى ذمة نفسه، أو ماله، فبعد ذلك إن أجاز المشترى، لم تعمل فيه الإجازة؛ لأنها قد لزمت الأجنبى، والإجازة إذا لاقت عقدًا، نفذ على غيره، لا يعمل بخلاف ما إذا لم يضمنها الأجنبى، ولا أضافها إلى ذمته على ما مر.

وفى "المنتقى": رجل باع رجلا ثوبًا، ثم لقيه المشترى، وقال: إنك أغليت على، وبعتنى بأكثر مما يساوى، وقال البائع: إنى قد بعتك بعشرة، وكان باعه بعشرين، فهذا حط للعشرة عن الثمن، ولو كان البائع قال للمشترى: قد أرخصت عليك وبعتك بنصف الثمن، فقال المشترى: قد اشتريته بعشرين، وقد كان اشتراه بعشرة، فهذا من المشترى زيادة فى الثمن، ولو لم يكن الأمر على هذا الوجه، ولكن البائع قال للمشترى: بعتك ثانيًا بعشرين، فرضَيا عليه، وكان البيع الأول بعشرة، ينفسخ البيع الأول بالثانى، وكذلك لو كان المشترى قال للبائع: قد اشتريته منك ثانيًا بعشرة، وتراضَيا عليه، وكان الشراء الأول بعشرين، ينقض الشراء الأول بالثانى، قال: ولا يشبه هذا الأول، ثم قال: إذا ذكرا غلاءً، أو رخصا، فهو زيادة وحط، وإذا لم يذكرا، فهو نقض للبيع الأول.

١٢٣٨١- وفى "نوادر هشام": قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول فى رجل اشترى من آخر ثوبًا بعشرة دراهم، وأرجح له دانقًا، قال: لا يقبله حتى يقول: أنت فى حل، أو يقول: هو لك، فإن فعل ذلك، باعه المشترى على عشرة دراهم، يعنى مرابحة، أو تولية، ولو وجد به عيبًا، رده بعشرة.

١٢٣٨٢- وفي "نوادر بشر" : عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : رجل اشترى من آخر عبدًا على أن البائع بالخيار، ثم إن المشتري قال للبائع : أصالحك على مائة درهم، أعطيكها على أن تسلم لي المبيع، ففعل، جاز، وهذه زيادة، ولو كان الخيار للمشتري، فقال للبائع : أصالحك على أن أحط عنك مائة، أو أزيدك شيئًا على أن تقبل البيع، فهذا جائز أيضًا، وسيأتي في فصل الخيار، بخلاف هذا.

وفي "المنتقى" : إذا مات البائع والمشتري، والسلعة قائمة، ثم زاد وارث أحدهما وارث الآخر شيئًا، فهو جائز في قولهم جميعًا.

١٢٣٨٣- وفي أول بيوع "الجامع" : إذا اشترى إبريق فضة بمائة دينار، وتقابضا، وتفرقا، ثم التقيا، فزاد المشتري البائع في الثمن عشرة دنانير، وصحت الزيادة بشرط قبض الزيادة في مجلس الزيادة؛ لأن الزيادة إذا صحت، التحقت بأصل العقد بطريق الاستناد، فتصير الزيادة بدل الصرف، غير أن الاستناد لا يدخل في فعل العباد، والقبض من أفعال العباد، فاعتبر في حق وجوب القبض حال ثبوت الزيادة، ولا يشترط قبض الإبريق للحال، وإن كانت الزيادة تقابل الإبريق للحال؛ لأنها نقابله للحال تسمية وصورة، ثم إذا صحت، التحقت بأصل العقد، وتثبت المقابلة من وقت وجود العقد معنى، والمقابلة معنى أقوى من المقابلة صورة، وقبض الإبريق وجد وقت العقد حقيقة، فوقعت الغنية عن اشتراط قبضها وقت وجود المقابلة صورة، أما في حق الزيادة لا يمكن اعتبار القبض وقت المقابلة، فاعتبرناه وقت وجوب المقابلة صورة.

نوع آخر
يرجع إلى قسمة الزيادة، والزيادة في بعض المعقود عليه:

١٢٣٨٤- يجب أن يعلم أن الزيادة المتولدة من المبيع لا تزاحم المبيع في الزيادة المشروطة ما دام المبيع قائمًا حتى كانت الزيادة المشروطة زيادة في المبيع دون الولد؛ لأن الولد تبع، والتبع لا يستتبع غيره ما دام الأصل باقيًا، فإذا صارت الزيادة المشروطة زيادة على المبيع، فالثمن أولا ينقسم على المبيع وعلى الزيادة المشروطة، ثم ما أصاب المبيع ينقسم عليه وعلى الولد لكون الولد مبيعًا، فإن المتولد من المبيع مبيع، ويكون الانقسام باعتبار القيمة، ويعتبر قيمة الأصل يوم العقد، وقيمة الزيادة المشروطة يوم الزيادة، وقيمة الولد يوم قبض الولد، وهذا كما ذكرنا قبل هذا أن الثمن إنما يقابل بما هو مقصود بالعقد، والمبيع صار مقصودًا بإيراد العقد عليه،

والزيادة بالشرط، والولد بالقبض الذى هو ملحق بالعقد، فاعتبر فى الانقسام قيمة المبيع يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الشرط، وقيمة الولد يوم القبض لهذا.

١٢٣٨٥- قال محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر جارية قيمتها ألف درهم، فولدت الجارية قبل القبض ولدًا قيمته ألف درهم، ثم إن البائع زاد المشترى غلامًا يساوى ألف درهم، ورضى به المشترى، ثم ازدادت قيمة الولد، فصارت ألفى درهم، وجاء المشترى، وقبضهم، ونقد الألف، ووجد بالولد عيبًا، رده بثلث الألف، وإنما كان هكذا لأن الثمن أولا ينقسم على الجارية وعلى الزيادة نصفان اعتبارًا لقيمة الجارية يوم العقد، ولقيمة الزيادة المشروطة يوم الزيادة، وجعلت الزيادة المشروطة زيادة على الجارية، ثم ما أصاب الجارية وذلك نصف الألف انقسم عليها وعلى الولد أثلاثًا، ثلثه بمقابلة الأم، وثلثاه بمقابلة الولد، اعتبارًا لقيمة الأم يوم العقد، وهى ألف، وقيمة الولد يوم القبض، وهى ألفان، وثلثا نصف الألف [ثلث الألف، فإذا وجد بالولد عيبًا، رده بثلث الألف، وإن وجد بالأم عيبًا، ردها بسدس الألف][1]؛ لأن بمقابلتها نصفًا الألف وثلث نصف الألف سدس الألف، وإن وجد بالزيادة عيبًا، ردها بنصف الألف؛ لأن بمقابلتها نصف، وكذلك إذا لم تلد الجارية، لكن كانت عينها بيضاء وقت العقد، فذهب البياض عن عينها، ثم إن عبدًا فقأ عينها عند البائع، فدفعه مولاه بالجناية إلى البائع، ثم زاد البائع المشترى عبدًا يساوى ألفًا، فهذا والأول سواء، إذا قبضهم المشترى، ينقسم الثمن على قيمة الجارية وقت العقد وعلى قيمة الزيادة يوم زاده، ثم ما أصاب الجارية ينقسم على قيمتها وقت العقد، وعلى قيمة العبد المدفوع بالعين يوم قبضه المشترى، فإذا وجد بأحدهم عيبًا، رده بالحصة؛ لأنه لما انجلى البياض عن العين، كان ذلك بمنزلة زيادة متصلة، فلما ضرب عبد عينها، ودفع بها، صارت تلك الزيادة منفصلة بمنزلة ولد ولدته، فيكون العبد المدفوع تبعًا للجارية، وإنما يصير مقصودًا بالقبض، فيعتبر فى الانقسام قيمته يوم القبض[2]، وهذا بخلاف إتلاف البائع؛ لأن البائع بالإتلاف يصير مفوتًا القبض المستحق بحكم العقد، فصار مقصودًا بالفسخ، ولن يصير مقصودًا بالفسخ، إلا أن يصير مقصودًا بالعقد، فيصير مقصودًا بالعقد ضرورة، فلهذا يعتبر قيمته فى تلك الحالة، أما ههنا البائع يقبض العبد بهذا القبض المستحق للمشترى، ولا يفوت، فلا يصير مقصودًا بالفسخ ليصير مقصودًا بالعقد ضرورة، فلهذا اعتبر قيمته بالانقسام يوم قبض المشترى، وهذا الذى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا فى الأصل والنسخة "م"، وكان فى النسختين: "ف" و"ظ": قيمة وقت القبض.

ذكرنا إذا كانت الجارية بيضاء إحدى العينين عند البائع ، فانجلى البياض عنها عند البائع ، ثم جاء عبد ، وضرب عينها حتى عاد البياض ، فدفع به ، فأما إذا كانت عيناها صحيحتين عند البائع ، وقيمتها ألف درهم ، وجاء عبد ، وضرب عينها عند البائع حتى ابيضت ، فدفع مولاه إلى البائع ، ثم زاد البائع المشترى عبداً يساوى ألف درهم ، ثم جاء المشترى ، وقبضهم ، فههنا لا يجعل العبد المدفوع بمنزلة الولد [بل يقسم الثمن أولا على قيمة الجارية يوم القبض[1] ، وعلى قيمة الزيادة نصفان ، ثم ما أصاب الجارية][2] ينقسم عليها وعلى العبد المدفوع نصفان ، ثلث قيمة العبد قلّت قيمة العبد أو كثرت ، بخلاف الفصل الأول ، فإن هناك ما أصاب الجارية يقسم على قيمتها يوم العقد ، وعلى قيمة العبد المدفوع يوم القبض ، والفرق أن العبد المدفوع هنا قائم مقام ما هو أصل ، وهو العين ، إذ العين فى هذه الصورة كانت أصلا ، ولم تكن زيادة ؛ لأنه اشتراها وهى صحيحة العينين ، فكان حكمه حكم نصف الجارية على أى قيمة كان ، إذ العين من الآدمى نصفه ، فيأخذ نصف ما أصاب الجارية من غيره اعتباراً لقيمة ما فى الفصل الأول ، العين كانت زيادة ؛ لأنه اشتراها وهى بيضاء إحدى العينين ، ثم انجلى البياض عنها ، والعبد المدفوع بها قائم مقامها ، فصارت الزيادة المتصلة منفصلة ، وكان بمنزلة الولد ، وفى انفساخ الثمن يعتبر قيمة الولد يوم القبض ، فكذا قيمة العبد المدفوع .

١٢٣٨٦- قال : ولو ولدت الجارية المبيعة قبل القبض ولداً ، وجاء عبد ، وضرب عينها التى كانت بيضاء وقت العقد ، وانجلى البياض عنها حتى عاد البياض بسبب ضربه ، ودفع العبد به ، ثم ماتت الجارية بسبب آخر غير فقوء العين ، ثم زاد البائع المشترى فى المبيع زيادة تساوى ألف درهم ، ورضى به المشترى ، صحت الزيادة ؛ لأنها حصلت حال بقاء العقد ؛ لأن الولد يقوم مقام الجارية حال فوات الجارية ، والعبد المدفوع فى مثل هذه الصورة بمنزلة الولد ، بقى العقد ببقاء كل واحد منهما ، فصحت الزيادة ، وإذا قبض المشترى يقسم الثمن على قيمة الجارية يوم العقد ، وعلى قيمة الولد ، أو العبد المدفوع يوم قبض المشترى ، فحصة الجارية تسقط بهلاكها قبل القبض ، وحصة الولد أو العبد المدفوع يقسم عليه وعلى الزيادة ، يعتبر قيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد أو العبد المدفوع يوم قبض المشترى ، ويعتبر الزيادة فى هذه المسألة تابعة للولد ، أو العبد المدفوع ؛ لأن الأصل متى فات ، قام الولد مقامه ، وصار أصلا ، فاعتبر الزيادة تبعًا للولد أو العبد المدفوع لهذا ، فإذا وجد بأحدهما عيبًا ، رده بحصته من

---

(١) وفى النسخة "م" : يوم العقد .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف .

الثمن، فإن لم يقبض المشترى شيئًا من ذلك حتى هلكت الزيادة هلكت بحصتها ويتخير المشترى، إن شاء أخذ الولد أو العبد المدفوع بحصته من الثمن، وإن شاء ترك، لأن هلاك الزيادة يعتبر على المشترى شرط عقده، فلابد من التخير طلبًا لرضاه، وهذا الخيار غير الخيار الذى يثبت له بهلاك الجارية قبل القبض؛ لأن ذلك الخيار قد سقط حين رضى المشترى بالزيادة؛ لأن رضاه بالزيادة يكون رضى بلزوم العقد، وبسقوط الخيار، فبطل ذلك الخيار، وإنما هذا خيار آخر يثبت بسبب هلاك الزيادة.

وإن هلك الولد أو العبد المدفوع قبل القبض [وبقيت الزيادة، فللبائع أن يمسك الزيادة عن المشترى؛ لأن الولد أو العبد المدفوع إذا هلك قبل القبض][1] صار كأن لم يكن لأنه ظهر أنه لم يكن بمقابلته شىء من الثمن، وأن الأم حين هلكت، هلكت بجميع الثمن، فانفسخ العقد كله بهلاك الأم، وأن الزيادة حصلت بعد انفساخ العقد، فلم تصح الزيادة، فكان للبائع أن [يمسك][2] الزيادة لهذا، وإنما قلنا: إن بهلاك الولد قبل القبض يظهر أنه لم يكن بمقابلته شىء من الثمن؛ لأن الولد وإن صار مبيعًا، إلا أنه إنما يأخذ قسطًا من الثمن إذا صار مقصودًا، وإنما يصير مقصودًا إذا ورد عليه بالقبض، إلا أن الظاهر لما كان بقاءه إلى وقت القبض، كان الظاهر صيرورته مقصودًا، والأحكام مبنية على الظاهر، فجعلنا للولد حصة من الثمن للحال بحكم الظاهر، وبقينا العقد ببقاءه، وصححنا الزيادة تبعًا له، ولكن بشرط بقاءه إلى وقت القبض، فإذا هلك الولد قبل القبض، فإن الشرط إذا ظهر بخلاف ذلك الظاهر، وظهر أنه لم يكن بمقابلته شىء من الثمن.

١٢٣٨٧- وإذا اشترى عبدين قيمة أحدهما ألف درهم، وقيمة الآخر خمسمائة درهم بألف درهم، فصارت قيمة التى كانت خمسمائة ألف درهم أيضًا، ثم زاد المشترى فى الثمن شيئًا تصح الزيادة، وتنقسم الزيادة عليهما أثلاثًا، اعتبارًا بقيمتهما يوم البيع على ما مر، ومعنى آخر: أن الزيادة للحال تقابل المبيع صورةً، لا معنًى، ثم إذا صحت الزيادة، والتحقت بأصل العقد، تتحقق المقابلة بين الزيادة وبين المبيع معنى، والانقسام حكم المعنى، لا حكم الصور، فيجب اعتبار حالة المقابلة المعنوية، وهى حالة العقد، وفى تلك الحالة كانت قيمة أحدهما ضعف قيمة الآخر، فلا يتغير الانقسام بعد ذلك بتغير القيمة، فإن وجد المشترى بأحد العبدين عيبًا، رده بحصته من الأصل والزيادة، وإن مات أحدهما، ثم زاد المشترى فى الثمن،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التى عندنا.

(٢) هكذا فى النسخة "ف" و "م"، وكان فى الأصل و "ظ": يملك.

صحت الزيادة فى حق القائم دون الهالك، حتى لو كان القائم هو الذى قيمته ألف، صح ثلثاها، وإن كان القائم هو الآخر صح ثلثها، وكان ينبغى أن لاتصح الزيادة أصلا؛ لأنه جمع بين الحى وبين الميت فى حق الزيادة، ولو جمع بين الحى وبين الميت فى حق ابتداء العقد، لا يصح العقد أصلا، فكذا فى حق الزيادة.

والوجه فى هذا أن يقال: إن الجمع بينهما إنما يمنع ابتداء العقد لجهالة الثمن، إن لم يكن الثمن منفصلا عند الكل، والشرط الفاسد عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه إن كان الثمن منفصلا؛ لأنه جعل قبول العقد فى الهالك شرطًا للعقد فى القائم، على ما عرف فى موضعه، وكلا المعنيين لا يوجدان ههنا، أما الجهالة لأن الجهالة إنما تقع من قِبل الانقسام، والانقسام من حكم المقابلة معنًى، لا صورةً، والمقابلة من حيث المعنى إنما تثبت عند العقد، فعند ذلك يثبت الانقسام، وفى تلك الجهالة لا جهالة، فيصير بمنزلة موت أحدهما بعد الزيادة، وأما المعنى الآخر؛ لأن الزيادة إنما تثبت بطريق الاستناد، وكل مستند ظاهر من وجه مقتصر من وجه، ولا فساد باعتبار الظهور، إنما الفساد باعتبار الاقتصار، وكان الفساد فى حصة الهالك ثابتًا من وجه دون وجه، فلا يثبت حصة الهالك، ولكن لا يتعدى ذلك إلى حصة القائم، ولا يصير شرطًا فاسدًا فى حق حصة القائم، وكان ينبغى أن يصرف كل الزيادة إلى القائم عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، كما إذا تزوج امرأتين، أو إحداهما، لا تحل له على ألف درهم، يصرف الألف كله إلى التى تحل له عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

والجواب أن الانقسام حكم صحة الإيجاب، وهناك الإيجاب لم يصح فى حق المحرمة أصلا، أما ههنا الهالك داخل باعتبار شبه الظهور، والتقسيم حكم شبه الظهور، فصار كما لو مات أحدهما بعد الزيادة، وكذلك لو أعتق أحدهما، أو دبر، أو كاتب أمة فاستولدها، أو باع أحدهما، فهذا وما لو مات أحدهما سواء.

١٢٣٨٨- وفى "المنتقى": رجل اشترى عبدين صفقة واحدة بألف درهم، وتقابضا، أو لم يتقابضا، حتى زاد المشترى مائة فى ثمن أحد العبدين بعينه، أو قال: فى ثمن أحدهما ولم يعين، قال: لا تجوز الزيادة، ثم قال: وإن كان لكل واحد منهما ثمن على حدة، وزاد فى ثمن أحدهما لا بعينه، جاز، وجعل القول قول المشترى فى إضافة الزيادة إلى أحد الثمنين.

وذكر فى موضع آخر من هذا الكتاب: إذا اشترى عبدين صفقة واحدة بألف درهم، ثم زاد المشترى مائة فى ثمن أحد العبدين بعينه، وقال: القياس أن تجوز الزيادة، ويقسم الثمن على العبدين، ثم تدخل الزيادة فى حصة العبد الذى زيدت فيه، وكذلك إذا زاد جارية فى

ثمن أحدهما بغير عينه، جاز، وكان للمشترى أن يضيفها إلى أيهما شاء، وكذلك إذا زاد عرضًا -والله أعلم-.

نوع آخر فى الحط والإبراء عن الثمن:

١٢٣٨٩- وفى هبة الثمن من المشترى، حط بعض الثمن صحيح، وملتحق بأصل العقد عندنا، كالزيادة، غير أن بين الحط والزيادة فرق من وجهين: أحدهما: أن الحط صحيح، سواء بقى المبيع محلا للمقابلة وقت الحط، أو لم يبقَ، بخلاف الزيادة على ظاهر الرواية؛ لأن الحط إخراج ما تناوله الحط من أن يكون ثمنًا للحال، ويستند إلى حال كمال العدم، فيشترط له قيام الثمن، لا قيام المبيع، فأما الزيادة فإثبات صورة المقابلة للحال، ويستند إلى حال كمال الثبوت، فيشترط لها حال قيام المبيع بشرط أن يكون محلا للمقابلة، الثانى: أن من اشترى عبدين صفقة واحدة بألف درهم، فحط عنه المشترى مائة، كان الحط نصفين، ولو زاد المشترى فى هذه الصورة، فإنه تقسم الزيادة على قدر قيمتهما.

والفرق أن الحط يكون من الثمن، ولا تعلق له بالمبيع، فإذا قال: حططت عن ثمنها مائة، فقد أدخلها فى الحط على السواء، فانقسم الحط عليهما نصفان، بخلاف الزيادة فى الثمن؛ لأنها تقابل المبيعين، وقد قابلها بهما مطلقًا، والمقابلة المطلقة تقتضى الانقسام على المبيعين باعتبار القيمة، وإذا وهب بعض الثمن من المشترى قبل القبض، أو أبرأه عن بعض الثمن قبل القبض، فهو حط أيضًا، وإن كان البائع قد قبض الثمن، ثم حط البعض، أو وهب البعض، بأن قال: وهبت منك بعض الثمن، أو قال: حططت عنك بعض الثمن، صح، ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشترى.

١٢٣٩٠- ولو قال: أبرأتك عن بعض الثمن بعد القبض، لا يصح الإبراء، وكان يجب أن لا تصح الهبة، والحط بعد القبض أيضًا كالإبراء؛ لأن المشترى قد برئ عن الثمن بالإيفاء، فالحط، والهبة لم يصادف دينًا قائمًا فى ذمة المشترى، فينبغى أن لايصح، كالإبراء، والجواب أن الدين باقٍ فى ذمة المشترى بعد القضاء؛ لأنه لم يقض غير الواجب، حتى لا يبقى فى الذمة، إنما قضى مثله، فيبقى ما فى ذمته على حاله، إلا أن المشترى لا يطالب به؛ لأن له مثل ذلك على البائع بالقضاء، فلو طالب البائع المشترى بالثمن، كان للمشترى أن يطالب البائع أيضًا، فلا يفيد مطالبة كل واحد منهما صاحبه، فعلم أن الثمن باقٍ فى ذمة المشترى بعد القضاء، فالهبة، والحط كل واحد منهما صادف دينًا قائمًا فى ذمة المشترى، وكان ينبغى أن

يصح الإبراء أيضًا، إلا أنه إنما لم يصح؛ لأن الإبراء نوعان: إبراء بالاستيفاء، وإبراء بإسقاط الواجب، فلهذا يقال: أبرأ براءة قبض واستيفاء، كما يقال: أبرأه براءة إسقاط، فإذا أطلق البراءة إطلاقًا، انصرف إلى البراءة من حيث القبض؛ لأنه أقل، وإذا انصرف إليه، صار كأنه قال: أبرأتك براءة قبض واستيفاء، ولو نص على هذا، لا يسقط الواجب عن ذمة المشترى، ولا يجب على البائع رد ما قبض، كذا هنا.

١٢٣٩١- فأما الهبة والحط لا يتنوع إلى نوعين: هبة إسقاط، وهبة قبض حط إسقاط، وحط قبض، ولهذا لا يقال: وهب الدين منه هبة قبض، وحط عنه حط قبض، وإنما هو نوع واحد، وهو هبة إسقاط، وحط إسقاط، وإذا كان نوعًا واحدًا، وهو الإسقاط، صاركأنه نص عليه، قال: حططت عنك حط إسقاط، ووهبت منك هبة إسقاط، ولو نص على ذلك، يسقط الواجب عن ذمة المشترى، ويبرأ المشترى عما عليه، كذا ههنا، وإذا برئ المشترى عما عليه فى هذه الصورة، كان له أن يطالب البائع بما وجب له على البائع بالقضاء؛ لأن المطالبة الآن تفيد، فهذا هو الفرق بين الهبة والحط، وبين الإبراء وزان مسألة الإبراء من مسألة الحط، والهبة أن لو قال البائع للمشترى بعد قبض الثمن: أبرأتك براءة إسقاط، وهناك يصح الإبراء أيضًا، ويجب على البائع رد ما قبض من المشترى، وأما إذا حط كل الثمن، أو وهب كل الثمن، وأبرأه عن كل الثمن، فإن كان ذلك قبل قبض الثمن، صح الكل، ولكن لا يلحق بأصل العقد، وإن كان بعد قبض الثمن، صح الحط، والهبة، ولم يصح الإبراء؛ لما ذكرنا، هذا جملة ما أورده شيخ الإسلام فى شرح كتاب الشفعة، وفى شرح كتاب الرهن، وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى فى الباب الثانى من شرح كتاب الرهن: أن الإبراء المضاف إلى الثمن بعد الاستيفاء صحيح، حتى يجب على البائع رد ما قبض من المشترى، وسوّى بين الإبراء، وبين الهبة والحط، فيتأمل عند الفتوى -والله أعلم-.

فهرس الموضوعات
للمجلد التاسع من المحيط البرهانى

*****